This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Google

Это цифровая коиия книги, хранящейся для иотомков на библиотечных иолках, ирежде чем ее отсканировали сотрудники комиании Google в рамках ироекта, цель которого - сделать книги со всего мира достуиными через Интернет.

Прошло достаточно много времени для того, чтобы срок действия авторских ирав на эту книгу истек, и она иерешла в свободный достуи. Книга иереходит в свободный достуи, если на нее не были иоданы авторские ирава или срок действия авторских ирав истек. Переход книги в свободный достуи в разных странах осуществляется ио-разному. Книги, иерешедшие в свободный достуи, это наш ключ к ирошлому, к богатствам истории и культуры, а также к знаниям, которые часто трудно найти.

В этом файле сохранятся все иометки, иримечания и другие заииси, существующие в оригинальном издании, как наиоминание о том долгом иути, который книга ирошла от издателя до библиотеки и в конечном итоге до Вас.

Правила использовапия

Комиания Google гордится тем, что сотрудничает с библиотеками, чтобы иеревести книги, иерешедшие в свободный достуи, в цифровой формат и сделать их широкодостуиными. Книги, иерешедшие в свободный достуи, иринадлежат обществу, а мы лишь хранители этого достояния. Тем не менее, эти книги достаточно дорого стоят, иоэтому, чтобы и в дальнейшем иредоставлять этот ресурс, мы иредириняли некоторые действия, иредотвращающие коммерческое исиользование книг, в том числе установив технические ограничения на автоматические заиросы.

Мы также иросим Вас о следующем.

- Не исиользуйте файлы в коммерческих целях.
  Мы разработали ирограмму Поиск книг Google для всех иользователей, иоэтому исиользуйте эти файлы только в личных, некоммерческих целях.

- Не отиравляйте автоматические заиросы.
  Не отиравляйте в систему Google автоматические заиросы любого вида. Если Вы занимаетесь изучением систем машинного иеревода, оитического расиознавания символов или других областей, где достуи к большому количеству текста может оказаться иолезным, свяжитесь с нами. Для этих целей мы рекомендуем исиользовать материалы, иерешедшие в свободный достуи.

- Не удаляйте атрибуты Google.
  В каждом файле есть "водяной знак" Google. Он иозволяет иользователям узнать об этом ироекте и иомогает им найти доиолнительные материалы ири иомощи ирограммы Поиск книг Google. Не удаляйте его.

- Делайте это законно.
  Независимо от того, что Вы исиользуйте, не забудьте ироверить законность своих действий, за которые Вы несете иолную ответственность. Не думайте, что если книга иерешла в свободный достуи в США, то ее на этом основании могут исиользовать читатели из других стран. Условия для иерехода книги в свободный достуи в разных странах различны, иоэтому нет единых иравил, иозволяющих оиределить, можно ли в оиределенном случае исиользовать оиределенную книгу. Не думайте, что если книга иоявилась в Поиске книг Google, то ее можно исиользовать как угодно и где угодно. Наказание за нарушение авторских ирав может быть очень серьезным.

О программе Поиск кпиг Google

Миссия Google состоит в том, чтобы организовать мировую информацию и сделать ее всесторонне достуиной и иолезной. Программа Поиск книг Google иомогает иользователям найти книги со всего мира, а авторам и издателям - новых читателей. Полнотекстовый иоиск ио этой книге можно выиолнить на странице `http://books.google.com/`

HDI
HL 1P23 5

A 7
Pletnev, V. D.
Osnovnye printsipy...

Bd. May 1935

HARVARD LAW LIBRARY

Received NOV 30 1932

Профессоръ В. Д. ПЛЕТНЕВЪ.

ОСНОВНЫЕ ПРИНЦИПЫ

ВОЕННО-УГОЛОВНАГО ПРОЦЕССА

ВЪ СВЯЗИ

СЪ ГЛАВНЫМИ ОСНОВАНІЯМИ

ОБЩАГО.

Безъ идеаловъ нѣтъ человѣческаго развитія, нѣтъ движенія впередъ, ибо, когда преслѣдуются даже чисто практическія цѣли, всегда надо знать, къ чему онѣ ведутъ и къ какому идеальному быту онѣ насъ приближаютъ.

Чичерина.

То, на чемъ покоится въ конечномъ счетѣ все величіе человѣка, на что вѣчно должны бороться индивидуумы, это—самобытность силы и развитія.

Гумбольдтъ.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія В. Ѳ. Киршбаума, Д. М-ва Финансовъ, на Дворц. площ.
1908.

Профессоръ В. Д. ПЛЕТНЕВЪ.

ОСНОВНЫЕ НРИНЦИПЫ

ВОЕННО-УГОЛОВНАГО ПРОЦЕССА

ВЪ СВЯЗИ

СЪ ГЛАВНЫМИ ОСНОВАНІЯМИ

ОБЩАГО.

Безъ идеаловъ нѣтъ человѣческаго развитія, нѣтъ движенія впередъ, ибо, когда преслѣдуются даже чисто практическія цѣли, всетаки надо знать, къ чему онѣ ведутъ и къ какому идеальному быту онѣ насъ приближаютъ.

Чичеринъ.

То, на чемъ покоится въ конечномъ счетѣ все величіе человѣка, за что вѣчно долженъ бороться индивидуумъ, это—самобытность силы и развитія.

Гумбольдтъ.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія В. Ѳ. Киршбаума, д. М-ва Финансовъ. на Дворц. площ.
1908.

NOV 30 1932

Оглавленіе.

Глава I.

Стр.

Значеніе законовъ природы въ жизни человѣчества. Общество и его соотношеніе съ уголовной карой. Значеніе индивидуальности въ общественной средѣ наряду съ возрастаніемъ солидарной сплоченности . . . . . 1— 6

Уголовное право и его эволюція. Уголовный процессъ. Его связь съ государственнымъ правомъ. Значеніе личности въ порядкѣ развитія процессуальныхъ элементовъ . . . . . 6— 12

Существо процесса. Взаимозависимость уголовнаго права матеріальнаго съ формальнымъ, сходство и различіе. Методы перваго и второго. Существо процесса и его цѣли. Основные его элементы и неопредѣленность развитія ихъ въ наукѣ. Причины этого обстоятельства. Личность какъ структурная сила и критерій формъ соціальнаго существованія. Опредѣленіе основныхъ началъ. . . . . 12— 35

Глава II.

Личность и ея воздѣйствіе на жизнь войска. Право войска. Сущность воинской дисциплины. Различіе дисциплины съ уголовнымъ правомъ . . . . . 36— 46

Судъ какъ неизбѣжный элементъ войсковой жизни. Различные виды военной юстиціи. Германскія идеи военной подсудности, ихъ неправильность . . . . . 46— 57

Глава III.

Процессы общій и военный должны быть построены на общихъ принципахъ. Исторія ихъ сближенія. . . . . 57— 66

Глава IV.

Основы тождества элементовъ военнаго и обще-уголовнаго процессовъ. Роль законовъ солидарности и подражанія въ выработкѣ идеаловъ военнаго быта. Характеръ дѣятельности суда, какъ средства общественной связи. Неизбѣжность приложенія тѣхъ же выводовъ къ войску. . . . . 66— 75

Глава V.

Исторія процессуальнаго права обще-уголовнаго въ Греціи и Римѣ. Значеніе jus jentium и причины неудачи организаціи правового государства въ странахъ рабовладѣльческой культуры . . . . . 76— 84

Процессуальное право Германцевъ. Поединокъ. Эволюція уголовнаго процесса во Франціи. Римско-Каноническій процессъ. Инквизиціонный процессъ и его свойства. Причины гибели обвинительнаго процесса Греціи и Рима. . . . . 84— 95

*

Стр.

Глава VI.

Военно-уголовный процессъ у римлянъ и германцевъ. Эпоха наемныхъ войскъ пока они являлись войсками, связанными съ народомъ, характеризуется введеніемъ обвинительнаго суда. Вырожденіе его въ слѣдственный и причины этого явленія. Инквизиціонный процессъ войскъ Европы въ концѣ XVI-го и въ XVII—XVIII столѣтіяхъ . . . . . 95—106

Глава VII.

Развитіе французскаго процессуальнаго права общаго и военно-уголовнаго, начиная съ сеньеріальной юстиціи до кодекса 1857 года . . . . . 106—113

Глава VIII.

Развитіе русскаго уголовнаго процесса отличается отсутствіемъ прочной диференціаціи общаго и военно-уголовнаго процессовъ до эпохи Петра I-го. Процессъ военно-уголовный по артикулу 1716 года. Дальнѣйшая эволюція русскаго военнаго судопроизводства . . . . . 113—119

Глава IX.

Обвинительный процессъ и его сущность. Характеръ современнаго намъ процессуальнаго права Франціи и Англіи . . . . . 119—129

Причиною новаго возрожденія формъ обвинительнаго порядка суда въ XIX вѣкѣ является усиленіе значенія личности въ государственной жизни. Результатомъ этого является уравненіе ея передъ закономъ и допущеніе спорности съ государствомъ при отстаиваніи своихъ правъ . . . . . 129—133

Глава X.

Гласность какъ основное начало обвинительнаго суда. Гласность есть орудіе солидаризаціи общественныхъ отношеній. Значеніе гласности для личности и суда. . . . . 133—142

Глава XI.

Догматическое положеніе гласности въ уголовныхъ процессахъ Германіи и Франціи. Нападки на гласность представителей уголовно-антропологической школы. Анализъ постановленій, ограничивающихъ гласность . . . . . 142—146

Догматическое положеніе гласности въ уголовномъ процессѣ Россіи и анализъ его положеній. . . . . 145—153

Глава XII.

Научное обоснованіе гласности въ военно-уголовномъ процессѣ . . . . . 153—157

Глава XIII.

Догматическое положеніе гласности въ иностранныхъ военно-уголовныхъ кодексахъ и анализъ ихъ положеній . . . . . 157—161

Положеніе гласности въ нашемъ военно-процессуальномъ правѣ и его анализъ. . 161—170

Глава XIV.

Теоретическое обоснованіе понятія непосредственности . . . . . 171—178

Стр.

Глава XV.

Положеніе начала непосредственности въ догмѣ французскаго и германскаго уголовныхъ процессовъ . . . . . 179—184

Глава XVI.

Анализъ догматическаго состоянія начала непосредственности въ русскомъ общеуголовномъ процессуальномъ правѣ . . . . . 184—194

Глава XVII.

Теоретическое обоснованіе и догматическій анализъ понятія непосредственности въ военно-уголовныхъ процессахъ Германіи и Франціи. . . . . 194—200
Догматическое изслѣдованіе начала непосредственности въ русскомъ военно-процессуальномъ правѣ . . . . . 200—208

Глава XVIII.

Начало состязательности есть прежде всего уголовно-политическій институтъ. Вліяніе на ея установленіе началъ естественнаго права. Приложеніе къ анализу начала состязательности закона борьбы за существованіе. Гуманизація, какъ одинъ изъ факторовъ усиленія начала спорной борьбы за право . . . . . 208—219

Глава XIX.

Положеніе начала состязательности въ догмѣ французскаго и германскаго законодательствъ и анализъ ихъ . . . . . 219—225
Начало состязательности въ отечественномъ правѣ. Критика его положеній . . . . . 225—233

Глава XX.

Теоретическое обоснованіе начала состязательности въ военномъ правѣ . . . . . 233—234
Начало состязательности въ догмѣ военныхъ кодексовъ Франціи и Германіи. . . 234—236
Положеніе начала состязательности въ русскомъ военно-процессуальномъ правѣ . 236—245

Глава XXI.

Начало независимости суда и его теоретическое обоснованіе . . . . . 245—248
Положеніе начала независимости въ отечественномъ процессуальномъ правѣ . . 248—250
Начало независимости въ военно-уголовномъ процессѣ Россіи . . . . . 250—254
Полковые суды. Исторія ихъ возникновенія. Невозможность признать за ними качества судебныхъ установленій . . . . . 254—260

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Представляя эту работу, я считаю нужнымъ предпослать нѣсколько вступительныхъ замѣчаній, необходимыхъ для пониманія ея сущности и объясненія нѣкоторыхъ обстоятельствъ, затруднившихъ ея созданіе. Вступивъ въ конкурсъ 3-мя мѣсяцами спустя и имѣя въ своемъ распоряженіи почти только половину срока, отведеннаго на написаніе темы, я кромѣ того стоялъ въ неблагопріятныхъ условіяхъ чисто мѣстнаго характера. Живя въ глухомъ провинціальномъ городкѣ, изолированномъ отъ всякой связи съ юридическимъ міромъ, я былъ очень стѣсненъ въ возможности пользоваться нашей спеціальной литературой. Идеи, которыя я провожу въ этомъ сочиненіи, уже затрогивались отчасти по другому поводу различными авторами. Юстиція вступила въ наше время на тотъ путь, который давно уже указалъ выдающійся геній Стюарта Милля. „Дедуктивный методъ—писалъ этотъ мыслитель,—въ приложеніи къ общимъ явленіямъ долженъ прежде всего изслѣдовать законъ человѣческой дѣятельности и тѣ свойства внѣшнихъ вещей, которыми обусловливается дѣятельность человѣческихъ существъ въ обществѣ“ [1]).

На исчерпывающее значеніе общественныхъ факторовъ въ индивидуальной жизни человѣчества указывали столь же опредѣленно де-Грефъ, въ своемъ изслѣдованіи „Соціальной экономіи“ [2]), Киддъ въ своемъ—„Соціальн. развитіи“ [3]) и другіе.

Понятно, что и юристы шли въ уровень съ соціологами—Ферри, Гарофало и др.—въ Италіи; Листъ, Миттермайеръ, Лиліенталь—въ Германіи; Духовской, Фойницкій, Чубинскій, Гогель и Дриль—въ Россіи указывали на необходимость включенія въ область уголовнаго права идей соціологіи, требуя введенія въ жизнь нашей науки идей антропологическихъ, біологическихъ и соціальныхъ. Во Франціи на эту точку сталъ, между прочимъ, Тардъ. Въ рядѣ сочиненій философскаго характера онъ замѣнялъ факторы біологическаго характера вліяніями психическихъ законовъ, вѣрованій и желаній, давая подчасъ изумительно тонкое и удачное объясненіе загадочныхъ уголовно-соціальныхъ явленій. Эти же идеи раздѣляю и я. Я пытался обосновать основныя начала уголовно-судебной дѣятельности факторами соціальной природы людей столько же, сколько необходимостью юридическихъ положеній. Основныя данныя, которыя меня въ этомъ убѣдили, были слѣдующія. Наблюдая постоянно жизнь человѣческихъ обществъ, приходишь къ мысли, что они, болѣе чѣмъ даже животный міръ,

---

[1]) Логика, стр. 367.

[2]) Де-Грефъ—Соц. эконом., стр. IX, 1904 г. Москва.

[3]) То же соч., стр. 32.

испытываютъ на себѣ вліяніе факторовъ борьбы за существованіе. „Общества подчиняются тѣмъ же естественнымъ условіямъ существованія, говоритъ Киддъ, какъ и всѣ формы жизни; они такъ же размножаются, живутъ и умираютъ, сообразно съ тѣми же физіологическими законами [1]). Борьба для всѣхъ, страданіе и неудача для многихъ—вотъ его удѣлъ“ [2]).

Но зато, съ другой стороны, развитіе и эволюція общественныхъ силъ сводились къ созданію условій прогресса, уменьшающихъ и нейтрализующихъ состояніе этой борьбы путемъ сближенія интересовъ личности и соціальнаго организма. Замѣчательнѣйшіе мыслители указывали на эту особенность, присущую условіямъ человѣческаго прогресса, сводя всю цѣль развитія человѣческихъ обществъ къ созданію непреходящей гармоніи между интересами индивидуума и общественной среды. Отъ Гоббза и Локка, черезъ Юма къ Іереміи Бентаму, Гольбаху, Стюарту Миллю и Спенсеру, шла идея признанія тождества интересовъ личности и общества, сливающихся въ идеалѣ разумнаго соотношенія человѣческихъ силъ. Задачу достиженія возможно болѣе безболѣзненныхъ условій этой всеобщей борьбы бралъ на себя, на протяженіи всего хода исторіи, институтъ судебной расправы. Но онъ, какъ и всѣ условія жизни, прикрѣпляется къ потребностямъ и желаніямъ личности, осуществлявшей черезъ посредничество его свои лучшія чаянія, самые дорогіе свои идеалы. Поэтому я поставилъ личность въ центръ общества и черезъ всю исторію пытался прослѣдить ея значеніе для устройства, организаціи и жизни суда. А такъ какъ вліянія личности и общества тѣснѣйшимъ образомъ сплетаются между собой, я постарался указать значеніе надлежащей организаціи юстиціи для развитія солидарности между людьми. Принявъ далѣе за основаніе, что человѣкъ и его свойства, по глубоко вѣрному доказательству Спенсера, входятъ непреходящей основой въ сущность всѣхъ учрежденій общества и государства, я пытался распространить тѣ же идеи и на войско, какъ на соціальный институтъ.

В. П.

---

[1]) Соц. раз., стр. 35 и 43.
[2]) Id.

Глава I.

Уже съ 80-хъ годовъ 19-го вѣка въ Европѣ замѣчается возрастаніе интереса къ вопросамъ уголовнаго права и процесса, какъ бы вновь испытывающихъ свой вѣкъ возрожденія. Въ 1885 году Принсъ писалъ: «Я желаю привлечь вниманіе законодателя къ великимъ вопросамъ, которые нѣкогда стояли на первомъ планѣ, а нынѣ находятся, къ несчастію, въ большомъ пренебреженіи» [1]). Теперь ему не пришлось бы скорбѣть объ этомъ, ибо всѣ Европейскіе народы въ наукѣ и практикѣ, дѣйствующемъ правѣ и проектируемыхъ измѣненіяхъ, на парламентской трибунѣ и въ ученой аудиторіи заняты обсужденіемъ явленій преступности и воздѣйствія на нее государства и общества. Какъ и все въ мірѣ соціальныхъ фактовъ, этотъ усиленный интересъ былъ связанъ, съ одной стороны, съ большей преступностью и соединеннымъ съ этимъ возрастаніемъ роковыхъ рубрикъ народныхъ бюджетовъ на тюрьмы и полицію, а съ другой—съ возросшимъ вообще вліяніемъ общественной солидарности и развитіемъ научныхъ дисциплинъ, взаимно цѣпляющихъ однѣ другія, какъ колеса въ часовомъ механизмѣ, приводя въ движеніе стрѣлку исторіи культуры народовъ. Эттингенъ въ Германіи [2]), д'Оссонвиль во Франціи [3]), Вальбергъ въ Австріи и др. свидѣтельствуютъ о ростѣ рецидива, о неодолимости преступленія [4]).

Отсюда стремленіе къ реформамъ, нащупываніе почвы, сближеніе съ жизнью, переходъ отъ кабалистики стараго крючкотворства къ научнымъ предпосылкамъ и эмпирическимъ выводамъ, стремленіе построить науку юриспруденціи по общимъ лекаламъ наблюденія и опыта, введя ее въ теченіе закономѣрной жизни. По словамъ Принса, «правосудіе, вмѣсто того, чтобы изслѣдовать извилины дѣйствительнаго міра, уединяется на вершины отвлеченности, оно игнорируетъ трагическое величіе волнующагося передъ нимъ человѣчества и, подобно древней мифологической Фемидѣ, сохраняетъ повязку на своихъ глазахъ. Правосудіе отворачивается отъ жизни, а жизнь удаляется отъ него». Къ этимъ словамъ не многое можно прибавить. Теперь необходимо могучее движеніе къ новшеству, нащупываніе путей и средствъ, прогнозъ выводовъ, уясненіе контуровъ и цѣлей. Наука юриспруденціи одѣваетъ фартукъ и беретъ въ руки ножъ, чтобы вскрывать съ анатомомъ, изслѣдовать съ біологомъ, наблюдать съ астрономомъ и, въ связи всѣхъ вещей и всѣхъ системъ знаній, отыскивать центръ воронки омута, куда, концентрическими кругами, волны жизни вносятъ несчастныхъ, на гибель которыхъ общество и судъ не могутъ смотрѣть спокойно. Позитивная школа Италіи первая подала этому примѣръ. И цѣною преувеличеній, ошибокъ и увлеченій гипотезами мы добыли истину, что объектомъ юриспруденціи долженъ быть прежде всего человѣкъ [5]). Именно по отношенію къ человѣку долгое время держалось, для насъ вполнѣ очевидное, заблужденіе, что въ мірѣ человѣческихъ отношеній все случайно, капризно, не подчи-

---

[1]) Преступн. и репрес., предисловіе.

[2]) Moral. Statistik., S. 464, 1882.

[3]) Assemblée nationale 1873. Enquête parlamentaire sur le régime des établissements pénitentiaires t. sixième. Rapport de m. le vicomte d'Haussonville., p. 28. Paris, 1874.

[4]) Дриль—Преступность и преступники, стр. 248—250.

[5]) Объ этомъ Mays—De la justice pénale, p. 16—21. Paris, 1891.

нено законности, что слова поэта «умъ съ сердцемъ не въ ладу» составляютъ какъ бы конституцію человѣческой вселенной.

Но склонность къ провидѣнію неизмѣнныхъ причинъ и обязательныхъ слѣдствій, инстинктъ любознательности и эгоизмъ самосохраненія, созерцательность старости и пытливость дѣтства, сонъ и мифъ, галлюцинаціи и сказка,—все будило человѣческій умъ, требовало признанія закона тамъ, гдѣ господствовала повидимому стихійность, причины, гдѣ торжествовалъ случай [1]). Гольбахъ [2]) говорилъ, что въ переворотахъ, потрясающихъ основы общественнаго союза, «не совершается ни одного дѣйствія, не обнаруживается ни одной страсти, которыя не были бы необходимы, заранѣе предвидѣны и не влекли бы за собой точно и впередъ опредѣленныхъ послѣдствій. Монтескьё былъ въ этомъ абсолютно убѣжденъ, когда писалъ, что говорящіе о слѣпой случайности утверждаютъ величайшую нелѣпость [3]). Это убѣжденіе философовъ передавалось поэтамъ, и знаменитый поэтъ 18-го вѣка писалъ: «Природа—только невѣдомое тебѣ искусство, случай, предначертаніе, котораго ты не можешь предусмотрѣть, раздоръ—тебѣ непонятная гармонія, все частное зло—лишь всеобщее благо и, вопреки заблуждающемуся уму, вопреки его гордынѣ, одна лишь истина ясна: что существуетъ, то разумно» [4]). Предшествовавшіе вѣка это предчувствовали, 19-му суждено было доказать. Изумительныя открытія Кетле [5]), Майра и Эттингена закололи на жертвенномъ камнѣ причинности древняго бога случай. Мы можемъ смѣло повторить фразу Гете: «міромъ управляютъ цифры». Изъ этихъ армій цифръ, кривыхъ, таблицъ, сочетаній единая причинность глядитъ на насъ и черезъ непрестанный вихрь атомныхъ движеній, среди невѣсомыхъ вліяній, чудовищныхъ возможностей и гигантскихъ силъ, передъ несмѣтнымъ фронтомъ задачъ и цѣлей, вопросовъ и побудовъ мы прозрѣваемъ величіе закона, правящаго человѣчествомъ. «Дѣйствія, наиболѣе зависящія повидимому отъ свободной воли, какъ напримѣръ браки и разводы, все это отнюдь не зависитъ отъ случая, но всюду подъ необычайной подвижностью фактовъ обнаруживается постоянный законъ чиселъ» [6]). Мы поняли наконецъ, что преступленіе есть явленіе не индивидуальное, а соціальное, что каторжныя работы не небесное испытаніе, а земная юдоль, и общество не Іовъ, скребущій черепкомъ кары проказу преступности, а мощный организмъ, разумомъ и волей, энергіей общественности и чувствомъ этическаго долга призванный бороться съ порокомъ. Среди общественныхъ явленій нашей эпохи особенно замѣчательнымъ является неравенство матеріальныхъ благъ.

Породивъ гибель стараго Рима съ его міровымъ вліяніемъ, оно явилось одной изъ главныхъ причинъ и самыхъ замѣчательныхъ изъ переворотовъ современной соціальной жизни человѣчества—французскихъ революцій 1789 и 1848 г.г., являясь и теперь всегда самымъ сложнымъ стимуломъ соціальныхъ броженій. Достаточно привести цифры, чтобы въ этомъ убѣдиться [7]). Леруа Болье даетъ слѣдующія данныя. На 2,5 милліона парижанъ было владѣльцевъ капиталовъ, начиная отъ 16 тыс. франковъ годового дохода—

---

[1]) Уже Полибій во «Всеобщей исторіи въ 40 книгахъ» (кн. 9, стр. 2) писалъ: «благодаря достигнутымъ въ наше время успѣхамъ въ точныхъ знаніяхъ и искусствахъ, человѣческая любознательность имѣетъ возможность какъ бы подчинить все, что отъ времени до времени случается, опредѣленнымъ правиламъ».

[2]) Le système de la nature, ч. I гл. 3, стр. 38, изд. 1780 г.

[3]) Духъ закон., стр. 5, изд. 1900 г. Петербургъ.

[4]) Pop. essai of man.

[5]) Physique sociale. 1869.

Кетле объ этомъ выражается аналогично: «человѣкъ дѣйствуетъ вообще съ величайшею правильностью и постоянствомъ. Женится ли онъ, родитъ ли дѣтей, убиваетъ ли себя, покушается ли на чужую собственность и жизнь, всегда онъ является дѣйствующимъ подъ вліяніемъ опредѣленныхъ причинъ, стоящихъ внѣ его свободной воли». См. также стр. 99, 140—141.

Physique sociale ou essai le développement des facultés de l'homme. 1869. Paris. Bruxelles. Pétersb.

[6]) Принсъ, id., стр. 6.

[7]) Леруа Болье – Essai sur la préparation des richesses et la tendance à une moindre inégalité des conditions.

36.321 человѣкъ (1,4%); изъ нихъ 21.453 съ доходами отъ 16 до 32 тысячъ франковъ въ годъ; 9,985 съ доходами отъ 32 до 70 тысячъ франковъ въ годъ; 3,049 съ доходами 70—133 тысячъ франковъ; 1,143 съ доходами 133—266 тыс. франковъ; 421 имѣло болѣе 266 тыс. франковъ. Отсюда, среди обездоленныхъ и безпріютныхъ, наслѣдственно больныхъ и нравственно безразличныхъ, среди безумія нищеты и грязи порока, бросается на общество медуза преступности, жалитъ его своими безчисленными головами... Гидра есть, а Персея до сихъ поръ не отыскалось. Старая юстиція выступила, правда, на бой, загримировавшись Персеемъ, приклеивъ на щитъ вмѣсто головы медузы параграфы, несущіе смертную казнь. Она полагала, что при видѣ висѣлицы преступленіе окаменѣетъ. Время показало, что внѣшними способами не лечатъ внутренній недугъ, что преступность, выражаясь словами Принса, „не трансцедентна, а имманентна". Чего бояться милліонамъ несчастливцевъ грядущей кары, когда рядомъ стоитъ вырожденіе и смерть; они не знаютъ роскоши, но вѣдаютъ нищету, презираютъ собственность,— томясь желаніемъ богатства. Они не вѣрятъ, что есть существованіе, гдѣ долгъ—императивъ, милосердіе—потребность, добродѣтель—осуществленная мечта, а право—мѣрило всѣхъ вещей. Среди нихъ какъ на лодкѣ Донъ-Жуановскаго корабля:

„Зловѣщій гулъ, жестокое смятенье
И всякъ, кто въ душу брату заглянулъ,
Въ ней съ ужасомъ свое увидѣлъ мнѣнье:
Избрать по жребью одного, кому
Быть пищею собрату своему".

Переполненіе городовъ увеличиваетъ еще болѣе эту армію преступности, вслѣдствіе ослабленія вліянія общественнаго мнѣнія, на которое указывалъ еще Адамъ Смитъ въ «Богатствѣ народовъ» [1]). И вотъ тогда за порогомъ нашей спокойной жизни появляется новый міръ грозныхъ интересовъ, враждебныхъ цивилизаціи, которые какъ море волнуются у ставимыхъ ему закономъ плотинъ, ежеминутно грозя наводненіемъ. Старое человѣчество механически справлялось съ этимъ зломъ, истощая провинціи для метрополій. Достаточно вспомнить, что, по словамъ Лекки [2]), въ Римѣ 200 тыс. челов. получали государственную помощь, при Антонинахъ ихъ было 500 тыс., при Валентиніанѣ раздавалось ежедневно 90 тыс. фун. хлѣба, а въ результатѣ всего было вырожденіе націи и ея политическая смерть. Мы поняли, что механическая борьба невозможна, что среди зловольныхъ элементовъ находится масса больныхъ [3]).

Психіатрическая школа въ лицѣ доктора Бенедикта, въ числѣ причинъ преступности, различаетъ еще и болѣзнь, такъ называемую неврастенію, выражающуюся въ отсутствіи факторовъ сопротивленія преступнымъ побудамъ. Маудсли, Бордье, Брока и другіе, нашли въ преступникѣ извѣстную физическую аномалію, словомъ со всѣхъ сторомъ мы наблюдаемъ стремленіе бороться научными способами съ объективнымъ зломъ. Это есть одно изъ величайшихъ завоеваній современнаго уголовнаго права. Для насъ правительство оправдываетъ глубокія слова Конта, оно есть не болѣе какъ „необходимая сначала самопроизвольная, а потомъ организованная реакція цѣлаго на части" [4]) и современное человѣчество знаетъ, что, безъ содѣйствія націи въ ея цѣломъ, борьба съ обще-

---

[1]) «Пока человѣкъ, принадлежащій къ низшему общественному слою, живетъ въ деревнѣ, за нимъ можно наблюдать и самъ онъ долженъ слѣдить за собою. Ему необходимо охранять свою репутацію, съ переселеніемъ же въ большой городъ онъ попадаетъ въ полную безвѣстность, перестаетъ слѣдить за собой и предается пороку и разврату».

[2]) History of european morals, t. II p. 80, 1876.

[3]) Объ этомъ см. Лоранъ—Уголовная антропологія и новыя теоріи преступности, 1897 г., Кіевъ, стр. 1—38, и Tard.—La philosophie pénale, 1890, Paris, p. 10—12 и Дриль—«Преступность и преступники», 1895, стр. 43—44.

[4]) Cours de philosophie positive.

ственнымъ зломъ невозможна. Когда Людовикъ XVI возвращался въ Парижъ, населеніе котораго тогда голодало, женщины кричали „vive le boulanger, la boulangère et le petit mitron". Теперь уже не думаютъ, что правительство можетъ дѣлать чудеса и принципъ самодѣятельности замѣняетъ квіетизмъ ожиданія благъ, приходящихъ внѣ нашей воли.

Но если наша воля составляетъ одинъ изъ законовъ природы, не слѣдуетъ ли она тѣмъ тенденціямъ, которыя опредѣляетъ въ нихъ Молешоттъ [1]). Можетъ быть человѣкъ лишь механическое игралище намъ незримыхъ бурь, которыя, незамѣтно для людей, однихъ несутъ, подобно воздухоплавателю, на цвѣтущіе континенты радостнаго существованія, другихъ—топятъ въ океанѣ страданій. Пусть такъ, но страданія все же, какъ говоритъ Іерингъ, есть „великій рычагъ соціальнаго прогресса" [2]), ибо каждый человѣкъ въ самомъ процессѣ неотвратимости несетъ элементъ самоопредѣленія. Право борьбы съ преступленіемъ рождается не изъ тѣхъ или иныхъ воззрѣній на свободу или необходимость, не изъ церковныхъ проповѣдей, или теоретическихъ размышленій, а въ силу уголовно-политической работы соціальнаго организма, борящагося за свое существованіе. Ни формула Канта—человѣкъ свободенъ потому, что онъ несетъ въ себѣ сознаніе категорическаго императива, ни блаженнаго Августина, сводящаго всю жизнь человѣчества къ волѣ божества,—не могутъ ложиться въ обоснованіе права кары, ибо государство, которое его примѣняетъ, прежде всего факторъ конкретной дѣйствительности, а выводы, касающіеся свободы и необходимости (философской),—акты умозрительные. Наивно обосновывать, какъ Принсъ, право кары тѣмъ, что въ извѣстныхъ границахъ мы сохраняемъ „относительную свободу" [3]). Государство потому строитъ тюрьмы, платитъ прокурорамъ, учреждаетъ суды и пишетъ кодексы, что это неизбѣжно вытекаетъ изъ основныхъ элементовъ его существованія. Но общество, которое въ своей самодѣятельности составляетъ существеннѣйшій принципъ современной національной жизни, связанное съ уголовнымъ правомъ всѣми фибрами тѣла, борется съ преступленіемъ, воспитываетъ преступника, учреждаетъ патронаты и общества призрѣнія потому, что чувствуетъ себя способнымъ предупреждать преступленіе, а его—могущимъ исправиться.

Въ основѣ всѣхъ законовъ или проектовъ, выходящихъ изъ соціальной среды, лежитъ эта потребность и молчаливое, скрытое признаніе, что въ смутѣ всѣхъ исканій и безуміи всѣхъ инстинктовъ человѣкъ обращается внутрь себя самого съ мѣриломъ нравственной притязательности и жаждой психической оцѣнки. Потребность истины,—столько же какъ инстинктъ правды, посылки логики, капризъ мечты, утопія и фактъ, необходимость и греза—богатое поле, въ которомъ расходятся отдѣльные недѣлимые общества, каждый чертя свою дорогу въ жизни [4]). Эта способность индивидуума вычерчивать самостоятельно схему личныхъ цѣлей жизни, намѣчать способы ихъ достиженія, въ зависимости отъ индивидуальныхъ свойствъ характера, одна можетъ быть названа

---

[1]) «Законъ природы—самое строгое выраженіе необходимости. Тутъ нѣтъ ни исключеній, ни ограниченій, и никакая мыслимая власть не можетъ избѣжать этой необходимости. Наука, стремящаяся къ просвѣщенію, шагъ за шагомъ отнимала позиціи у стародавней дѣтской народной вѣры, вырывая изъ рукъ боговъ громъ, молнію, затменія свѣтилъ и заковывала гигантскія силы былыхъ титановъ повелѣвающей рукѣ человѣка. Болѣе чѣмъ тысячелѣтній опытъ далъ естествоиспытателю все усилившееся и наконецъ ставшее столь неопровержимымъ убѣжденіе въ неизмѣнности законовъ природы, что у него не можетъ оставаться и малѣйшаго сомнѣнія въ этой великой истинѣ» (Бюхнеръ—Сила и матерія, 1907 г., стр. 59, Петербургъ).

[2]) (Der Zwek im Recht, B. II, S. 16 S, 1883 г.). De la justice penale, étude philosophique sur le droit de punir, Maus 1891 p. 18—21.

[3]) (Id. стр. 31).

[4]) «Между индивидуальнымъ умомъ и вліяніемъ общества можно констатировать какъ солидарность, такъ въ то же время и конфликтъ...Разъ овладѣвъ истиной, человѣческій умъ уже не зависитъ ни отъ главы государства, ни отъ общества, ни отъ человѣчества, сама истина съ ея требованіями и свойственной ей послѣдовательностью становится, если можно такъ выразиться, его непосредственной средой». Жоресъ, т. I, стр. 8, 1907 г. Истор. Французской революціи, Петербургъ.

въ соціальномъ смыслѣ свободой. Сознаніе этихъ, лишь ему одному присущихъ, свойствъ въ исканіи правды, формулъ борьбы, рожденныхъ его душой, надеждъ, почившихъ въ извилинахъ его мозга, способа созерцанія неба, оцѣнки должнаго,—въ нихъ лежитъ потребность моральной независимости, столько же, какъ завѣтъ солидарности, принципъ самости, какъ и стимулъ государственности. „Прослѣживая полумеханическую эволюцію экономическихъ и соціальныхъ формъ, мы всегда будемъ съ отрадой констатировать это просвѣчивающее сквозь нее величіе свободнаго духа, избавляемаго вѣчною вселенною, даже и отъ зависимости отъ человѣчества [1]). Надо отдать справедливость людямъ: за это право самостоятельныхъ путей въ жизни, за возможность хотя бы умереть произвольно, стремленіе хоть стонать по своему люди отдавали покой, собственность, отраду семейнаго счастья, эффектъ общественнаго положенія. Въ теченіе всей исторіи въ войнахъ и мстительности, религіяхъ и ересяхъ, общественности и и аскетизмѣ они боролись за эту свободу индивидуальности [2]).

Одинъ изъ самыхъ блестящихъ умовъ нашего времени, Спенсеръ, всю жизнь посвятилъ на борьбу за особь въ біологическомъ цѣломъ. Нитцше съ воодушевленіемъ пророка громилъ общество, теряющее, по его мнѣнію, индивидуальность. Послушаемъ, что онъ говорилъ,—это крикъ гнѣва и протеста, почти бредъ ненависти человѣка, задыхающагося отъ униженія: [3]) «Прочь, клянусь святымъ Анакреономъ. Прочь, эти гнилыя ученыя кафедры, трусливую созерцательность, похотливое скопчество историковъ, заигрывающихъ съ аскетическими идеалами, тартюфство справедливости! Я не терплю всѣхъ этихъ кокетничающихъ клоповъ, честолюбіе которыхъ ненасытно въ своемъ стремленіи благоухать безконечностью, пока безконечность не начнетъ благоухать клопами» [4]). Но особность личности оказалась бы слишкомъ бѣдной въ содержаніи своихъ духовныхъ и физическихъ потребностей, предоставленная себѣ самой въ тяжкой борьбѣ за существованіе. Отсюда, въ силу того же эгоизма личности, возникаетъ стремленіе приспособить къ себѣ окружающую природу и людей, незамѣтно дѣлающая человѣка общественнымъ животнымъ, какимъ его представляетъ себѣ Аристотель [5]). Чѣмъ выше на ступеняхъ политической жизни стоитъ соціальный организмъ, тѣмъ большая зависимость возникаетъ между его отдѣльными частями и координація всѣхъ ихъ въ интересахъ цѣлаго дѣлается болѣе упругой и точной. По мѣрѣ развитія общественныхъ организацій усиливается и чувство солидарности, вмѣстѣ съ образующимся понятіемъ справедливости, и превращается мало-по-малу въ привычное чувство, воспитываемое совмѣстной жизнью [6]).

---

[1]) Хотя Кеплеръ и Галлилей находили при своихъ наблюденіяхъ и астрономическихъ трудахъ поддержку въ основахъ государства новаго времени, однако, произведя свои наблюденія и вычисленія, они оказались въ зависимости лишь отъ самихъ себя и вселенной. Соціальный міръ, въ которомъ они нашли точку опоры и вдохновеніе, разверзся и ихъ мысль не признавала иныхъ законовъ, кромѣ законовъ звѣздной безконечности. Жоресъ, стр. 8 и далѣе.

[2]) Gumboldt—Ideen zu einem Versuch die Gränzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen 1851. Breslau. S. 11. «То, на чемъ покоится въ конечномъ счетѣ все величіе человѣка, за что вѣчно долженъ бороться индивидъ: это—самобытность силы и развитія».

[3]) Заратустра говоритъ людямъ: «Вы становитесь все меньше, вы маленькіе люди! Вы разсыпаетесь на куски любители удобствъ». У китайцевъ есть поговорка, которой матери учатъ дѣтей: sao-sin — умали твое сердце. Такова истинная тенденція отживающихъ цивилизацій. id., t. VI, стр. 251—Полное собр. соч.

[4]) id. VIII, стр. 479.

[5]) «Человѣкъ не только не способенъ создать готовое общество, но самъ дѣлается годнымъ къ обществу только постепенно, подъ вліяніемъ вѣкового воспитанія и разныхъ потрясеній, сглаживающихъ его эгоистическія наклонности. Подавленіемъ его эгоистическихъ страстей сначала въ семьѣ, потомъ въ другихъ формахъ общежитія онъ дѣлается тѣмъ общежительнымъ животнымъ, какимъ его представляетъ Аристотель. Въ семьѣ человѣкъ теряетъ часть своей личности и вмѣстѣ съ тѣмъ и эгоизма, въ обществѣ у него уже является способность къ самопожертвованію, въ государствѣ она доходитъ до героизма. Такимъ образомъ идея долга и цѣли есть произведеніе общества, эгоизмъ и произволъ—удѣлъ личности (Градовскій, Полное собр. соч., томъ III, стр. 40.

[6]) Объ этомъ см. Marion—De la solidarité morale, 1880, p. 2.

Физіологически солидарность является въ видѣ необходимаго отношенія экономіи всего организма и различными процессами идущими въ отдѣльныхъ его частяхъ,—юридически solidati называются лица, связанныя общественной отвѣтственностью и такимъ образомъ, въ абстракціи и дѣйствительномъ мірѣ явленій, солидарность всегда предполагаетъ отношенія взаимно сопрягающіяся, проникающія одни въ другія. «Когда мы говоримъ о человѣкѣ, замѣчаетъ Тесла, мы разумѣемъ представленіе о человѣческомъ родѣ какъ о чемъ то цѣломъ, и только въ этомъ смыслѣ можемъ примѣнять научные методы къ изслѣдованію и изученію соціальныхъ явленій» [1]) [2]).

Исторія человѣчества есть исторія непрерывнаго роста солидарности, усиленія взаимности, обобщеніе идей и чувствъ, воззрѣній и потребностей, склонностей и упованій. Ни одно изъ явленій человѣческаго міра не проходило безслѣдно, часто самыя отдаленныя причины вліяли на родъ тѣхъ или иныхъ событій, опредѣляющихъ жизнь человѣческихъ обществъ. Бокль это прекрасно выяснилъ, и вся современная исторія идетъ по тому же пути. Индивидуалистическіе принципы, личная отвѣтственность, неограниченная политическая конкурренція и борьба между единицами и соціальными классами замѣняются началомъ соціальной справедливости, соціальной отвѣтственности, началомъ соціальнаго арбитража [3]). Тогда-то и возникаетъ государство, какъ опредѣленная политическая связь, въ цѣляхъ взаимной коопераціи матеріальныхъ усилій для достиженія максимума существованія. Ничего не можетъ быть менѣе справедливо, какъ восклицаніе Бастіа: «L'état c'est la grande fiction à travers laquelle tout le monde s'efforce de vivre de tout le monde». Ростъ государства знаменуется какъ разъ обратнымъ,—все возрастающей справедливостью общественныхъ отношеній, растущей общностью, проникающей взаимностью [4]). Чего стоитъ это изреченіе, когда по мѣткому замѣчанію Гексли, современное государство живетъ въ стеклянномъ, прозрачномъ домѣ; обнародываетъ бюджеты, сообщаетъ о смертности, объ урожаѣ, объ эпидеміяхъ и развитіи преступности, словомъ—предоставляетъ себя непрестанно общественному контролю. Вмѣстѣ съ государствомъ растетъ вырабатываемое имъ право, какъ способъ разграниченія сталкивающихся людскихъ интересовъ, видоизмѣняясь съ обществомъ, сливаясь съ исторіей, принимая въ себя умственный и нравственный спектръ вѣка, народа, расы, цивилизаціи.

Каждый порогъ цивилизаціи отмѣченъ развитіемъ своего права: композиціи въ древности, Faustrecht въ средніе вѣка, условное осужденіе въ наше время—развѣ это не характернѣйшія особенности свойственнаго этимъ различнымъ стадіямъ общественной жизни способа оцѣнивать жизнь и вліять на міръ. Еще Савиньи писалъ: «Органическая связь права съ сущностью и характеромъ народа доказана ходомъ времени и это стало синонимомъ сравненія. Право растетъ съ народомъ, образуется съ нимъ и наконецъ умираетъ, когда народъ теряетъ свои жизненныя качества» [5]) [6]). Потому-то современное государство, осуществляя свое право наказанія, вырабатывая свою науку уголовнаго права, выдѣляя ее изъ принциповъ права вообще, ставитъ изученіе юриспруденціи въ связь съ общими началами своей жизни. Этика и мораль, физіологія и психіатрія, человѣкъ индивидуумъ и человѣкъ въ обществѣ—становятся достояніемъ криминалистики и государства, переходя какъ бы въ ихъ общее владѣніе. Изолированное изученіе такой соціальной дисциплины, какой является право вообще и уголовное въ

---

[1]) Іерингъ—Цѣль въ правѣ, стр. 24, 1881 г., Петербургъ.

[2]) Объ этомъ у Нити; стр. 24 Основн. начала финанс. науки, 1904 г.

[3]) Duguit, L'état, le droit objective et la loi positive, 1901 г., 25—26, 35—36. I.

[4]) Объ этомъ у Стюарта Милля, Утилитар. § 16.

[5]) Стоитъ прочесть «Духъ римскаго права» Іеринга и его же «Цѣль въ правѣ», чтобы устранить всѣ сомнѣнія въ этомъ.

[6]) Аналогично объ этомъ Шопенгауэръ: «Мы видимъ право подчиненнымъ постояннымъ измѣненіямъ, здѣсь нѣтъ состоянія покоя». Chopengauer—Die Welt als Wille und Vorstellung II, S. 508.

особенности, стало немыслимымъ уже очень давно. Еще Контъ имѣлъ право сказать: «Всякое изолированное изученіе различныхъ соціальныхъ элементовъ, по самой природѣ науки, глубоко неразумно и должно остаться по существу безплоднымъ [1]). Но эта же сложность служитъ однимъ изъ главныхъ камней преткновенія, на которыхъ часто терпятъ крушенія самыя остроумныя гипотезы, самыя блестящія умозрѣнія.

Право кары, раскрывая передъ государствомъ обширное поле дѣятельнаго примѣненія его въ отдѣльныхъ случаяхъ, тѣмъ самымъ, однако же, ставитъ передъ нимъ бездны опасностей. Желѣзныя мышцы этого Левіафана подымаются волей милліоновъ людей, вліянія каменнаго вѣка и послѣднее слово техники, жестокость космической борьбы, гуманность философской морали, догматы этики и требованія необходимости направляютъ его руку. Понятно, что она дѣйствуетъ не всегда правильно, не вездѣ точно, что при шествіи этого колосса впередъ онъ, какъ слонъ въ тропическомъ лѣсу, не замѣчая, часто валитъ молодыя деревья, убиваетъ мелкихъ животныхъ, очутившихся у него подъ ногами. Это понятно, это естественно, но это же и опасно. Сложность машины государства требуетъ чрезвычайной бережливости въ обращеніи съ нею и экономія сохраненія силы играетъ въ немъ едва ли не большее значеніе, чѣмъ въ какомъ бы то ни было единеніи человѣческихъ существъ. Государство погибнетъ, если, повторяя Донъ-Кихота, будетъ слишкомъ часто воевать съ мельницами, или освобождать преступниковъ, руководствуясь фантазіей тамъ, гдѣ требуется здравомысліе, возвращаясь къ рутинѣ, гдѣ необходимъ прогрессъ. Отсюда обязательность осторожнаго примѣненія кары, тонкое различеніе виновности, своего рода нравственный аскетизмъ въ выборѣ средствъ, обдуманное провидѣніе цѣлей. **Дѣятельное обращеніе идеальной кары на голову виновнаго и установленіе причинной зависимости фактовъ дѣянія и преступной воли—есть уголовное судопроизводство въ его субъективномъ смыслѣ, а начала, устанавливающія связь формы съ содержаніемъ и способы воздѣйствія на факты, для раскрытія истины, образуютъ уголовный процессъ въ объективномъ отношеніи къ личности и общественному цѣлому.** Такимъ образомъ, уже изъ этого опредѣленія вытекаетъ необходимость включенія въ систему мышленія, касательно юридическихъ дисциплинъ, понятія объ отношеніи уголовнаго права, въ широкомъ смыслѣ, къ праву государства. Выражаясь словами Фойницкаго, судебно-уголовное право принадлежитъ къ сферѣ публичнаго государственнаго права, не только потому, что органы уголовнаго процесса входятъ въ систему государственныхъ установленій, но и потому, что производство уголовныхъ дѣлъ создаетъ между подсудимымъ и государствомъ отношенія публичнаго свойства [2]). Обычно этому вопросу изслѣдователи посвящаютъ очень небольшое вниманіе и, какъ примѣръ, въ этомъ отношеніи очень характерна вышеприведенная цитата; также мало говоритъ объ этомъ Тальбергъ [3]), совсѣмъ ничего—Духовской, болѣе другихъ—профессоръ Случевскій.

И это происходитъ не вслѣдствіе какихъ либо органическихъ причинъ, лежащихъ въ самомъ существѣ процессуальнаго изслѣдованія, не въ логическихъ прорѣхахъ несовершенства нашей науки, а въ общей болѣзни юридическихъ воззрѣній нашей эпохи, стремящихся выдѣлить уголовное право въ исключительную самостоятельность передъ прочими дисциплинами, предоставляя ему роль Робинзона въ извѣстномъ романѣ Дефо. На Западѣ этимъ менѣе страдаютъ. Достаточно взять классическіе труды Глязера, геніальнаго Іеринга, блестящаго Эли, тонкаго и вдумчиваго наблюдателя Миттермайера, чтобы увидѣть какую громадную роль играетъ изученіе этого вопроса, необходимой связи права уголовнаго съ государственнымъ, и сколь многое въ политическихъ и юридическихъ учрежденіяхъ страны обусловлено ихъ взаимодѣйствіемъ. Въ этомъ отношеніи,

---

[1]) Cours de philosophie positive, XLVIII leçon.

[2]) Фойницкій, стр. 2.

[3]) Стр. 12.

повторяю, западно-европейскіе представители науки уже давно отрѣшились отъ величественной изолированности и если прибавить къ уже указаннымъ именамъ: Феербаха и Брауна въ Германіи, Стифена и Бриджмена въ Англіи, Принса и Гауса въ Бельгіи, Каррара и Алимена въ Италіи, списокъ будетъ далеко не полнымъ. Въ послѣднее время такое отношеніе наблюдается и у насъ, въ трудахъ, недавно появившихся въ обращеніи и трактующихъ какъ разъ объ жгучихъ вопросахъ связи процессуальнаго и государственнаго правъ. Я разумѣю сочиненія Люблинскаго «О свободѣ личности въ современномъ процессѣ» и Михайловскаго «Основныя начала современнаго процесса». Въ нихъ, особенно у послѣдняго, вопросъ этотъ занимаетъ господствующее положеніе. Я также полагаю не лишнимъ остановиться нѣсколько долѣе на этомъ пунктѣ. Причины къ этому двояки. Однѣ изъ нихъ вытекаютъ изъ существа излагаемой мною темы,— доказать взаимодѣйствіе процессуальнаго права войска и общегражданскаго, и значитъ лежатъ въ самомъ существѣ моихъ усилій, другія—граничатъ съ вліяніями отчасти методологическаго, отчасти историческаго характера. Обратимся покамѣстъ къ выясненію послѣднихъ. Начиная излагать столь сложно-важный предметъ, какъ основныя начала процессуальнаго права, нельзя останавливаться на добытыхъ уже выводахъ, не подвергнувъ ихъ коренной провѣркѣ, не пытаясь самому заглянуть въ лицо истины, приподнявъ покрывало богини. Одинъ изъ величайшихъ предтечь современнаго научнаго направленія, Рене Декартъ, писалъ въ своихъ разсужденіяхъ о методѣ: «не соглашайтесь никогда съ такимъ утвержденіемъ, смыслъ котораго не настолько ясенъ, не настолько точно опредѣленъ, чтобы въ немъ абсолютно нельзя было сомнѣваться» [1]).

А между тѣмъ, какая возможность вѣрить въ абсолютную точность истинъ, вродѣ напримѣръ суда присяжныхъ или гласности, независимости или изолированности суда, когда мы встрѣчаемъ страны высокой культуры, гдѣ эти начала чрезвычайно разно осуществлены и до неузнаваемости разнообразно примѣнены къ особенностямъ государственнаго быта. Стоитъ вспомнить компетенцію федеральнаго суда въ Соединенныхъ Штатахъ и союзнаго совѣта Швейцарцевъ, суды присяжныхъ Англіи и процессъ Голландіи, чтобы сдѣлаться вѣчнымъ Гамлетомъ юриспруденціи. Отсюда необходимость подвергнуть провѣркѣ научнымъ методомъ общепризнанныя повидимому истины, съ внутренней стороны однако же далеко не сходныя между собой при осуществленіи въ практикѣ ихъ примѣненія. Я уже говорилъ, что государство въ безконечной сложности рѣшаемыхъ имъ проблемъ самымъ ходомъ вещей присуждено къ трудной задачѣ: охраняя само себя—выработать кары, служа истинѣ—отыскивать способъ изслѣдованія виновности, воплощая гуманность—изыскивать гарантіи индивидуума. Оно по истинѣ занимаетъ трудное положеніе практическаго дѣльца настоящаго, обязаннаго вѣчно мечтать о грядущемъ, защитника правды временной и поборника справедливости вѣчной, кропотливаго хозяина устраивающаго свой уголокъ и смѣлаго піонера будущихъ цивилизацій. Отсюда тысячи вліяній, чудовищный спутокъ воздѣйствій, борящихся интересовъ, состояніе вѣчной неуравновѣшенности съ постояннымъ стремленіемъ найти устойчивый центръ, къ чему и сводится сущность его уголовно правовой работы. «Свобода съ справедливостью такъ тѣсно связаны между собой, что отдѣлены быть не могутъ. Что у несвободнаго народа называется справедливостью—есть не болѣе какъ служанка, съ насиліемъ связаннаго, произвола. Какъ правосудіе, чтобы быть свободнымъ, нуждается въ свободныхъ государственныхъ учрежденіяхъ, такъ и свобода государственныхъ учрежденій, чтобы правильно существовать, нуждается въ правосудіи» [2]).

---

[1]) Discours de la méthode, t. I. Oeuvres, Paris 1824.

[2]) «Всѣ государственныя учрежденія живутъ, цвѣтутъ, мужаютъ и старѣются, когда они въ свое время двигаютъ свои жизненные элементы съ потребностями времени. Когда же оно отъ нихъ уходитъ, мало по малу отодвигается отъ нихъ и кругъ существенныхъ потребностей; скоро они остаются уединенными, чуж-

Эти замѣчательныя слова находятъ себѣ подтвержденіе на всемъ протяженіи вѣковой исторіи государственности, начиная съ античной государственности древняго міра. Поскольку гражданское право Рима, давая полную картину его частной жизни, вырабатывалось подъ вліяніемъ тысячи сложныхъ причинъ всеобщаго и единаго характера, настолько же уголовный процессъ отражаетъ его политическую фигуру [1]).

Въ средніе вѣка идея государства оказываетъ могущественное вліяніе на процессуальныя формы, вводя вмѣсто mannitio—bannitio, подъ вліяніемъ растущей централизація ослабляется формализмъ античнаго суда. Въ Афинахъ прогматики не могутъ быть болѣе 2 мѣсяцевъ секретарями при одномъ и томъ же сановникѣ, ибо демосъ боялся ихъ исключительнаго вліянія на невѣжественныхъ въ законахъ выборныхъ сановниковъ. [2]). Еще болѣе характерный фактъ мы наблюдаемъ въ Римѣ. Во время господства цезаризма, бывшаго могильщикомъ государственнаго величія, при господствѣ величайшаго произвола и деспотіи, цезарямъ пришлось издать законы объ оскорбленіи Величества, придавъ имъ чрезвычайную распространенность. Результатомъ этого явились законы о доносчикахъ, ибо граждане не сочувствовали политикѣ императоровъ, брезгливо сторонясь отъ всякаго содѣйствія имъ. Это убило навсегда, по словамъ Беко, уваженіе народа къ публичному обвинителю изъ гражданъ и послужило основаніемъ для созданія института оффиціальныхъ обвинителей, рѣзко измѣнивъ въ свою очередь характеръ процесса. Послушаемъ великаго историка, чтобы убѣдиться какъ процессуальный порядокъ и государственная конституція взаимодѣйствуя отражаются на жизни гражданъ. «Никогда не видано было болѣе такого страха. Жители Рима не смѣли ни сходиться, ни бесѣдовать между собой. Друзья, родители, незнакомцы, всѣ смотрѣли другъ на друга съ угрюмой недовѣрчивостью. Все бѣжало: улицы, площади были пусты; нѣкоторые возвращались обратно, придя въ ужасъ отъ того, что поддались страху» [3]). Всегдашнимъ идеаломъ афинскихъ демократовъ было стремленіе уменьшить число законовъ. Ихъ государственные люди, не исключая такихъ какъ Демосфенъ, мечтали о сведеніи всего законодательства къ нѣсколькимъ частнымъ правиламъ, доступнымъ пониманію самыхъ темныхъ гражданъ. Все это обусловлено превосходнымъ пониманіемъ, этими прирожденными политиками, взаимнаго вліянія государственнаго и процессуальнаго права. Эти люди инстиктомъ понимали истину, ставшую въ наше время научнымъ и общественнымъ труизмомъ, что государство живетъ лишь для массы составляющихъ его гражданъ и безъ этого никакой роли играть не въ состояніи.

Въ самомъ дѣлѣ, если государство есть юридическое лицо, а безъ этой фикціи обойтись мы уже не можемъ, въ силу усложненныхъ взаимодѣйствій государствъ между собой и съ гражданами, то къ нему можно приложить всѣ тѣ выводы, какіе сдѣланы по этому вопросу въ наукѣ. Еще Іерингъ въ первомъ изданіи III тома Geist des Römischen Rechts признавалъ за юридическимъ лицомъ лишь значеніе «фикціи и костыля, на которомъ ходитъ хромая юстиція», полагая, что настоящимъ субъектомъ права являются, въ каждой общественной группировкѣ, ея члены, двигаемые своими цѣлями и интересами, которыхъ юридическія лица какъ таковыя, не будучи приспособлены къ пользованію, имѣть не могутъ. Поэтому они и представляютъ лишь спе-

---

дыми своему отечеству, какъ тѣни среди окружающей жизни, и, наконецъ, ихъ существованіе является самоцѣлью ихняго бытія и они теряютъ свою силу». Feuerbach, Betrachtungen uber die Oeffentlichkeit und mündl. Gerechtigkeitspfl. 1821, S. 3. 1—2.

[1]) Исторія Римскаго уголовнаго процесса постановленія царей, развитіе республиканскихъ учрежденій, сила магистратовъ, господство народныхъ коммицій, ... все рельефно отражается въ исторіи уголовнаго процесса (Тальбергъ, стр. 12).

[2]) Пальховскій «О правѣ представительства на судѣ» 1876 г. стр. 123 и сл.

[3]) Объ этомъ анналы Тацита, книга IV § LXXIX и LXX.

ціально выработанную, въ интересахъ общежитія, форму, въ которой члены различныхъ соціальныхъ группъ выражаютъ свои отношенія къ стоящему внѣ ихъ міру [1]). Такимъ образомъ, понятно, юридическое лицо государства уже само по себѣ создается подъ вліяніемъ настойчиваго эгоизма личности, требующей возможно болѣе услугъ отъ соціальной среды, въ которую она попадаетъ, и если и поступающейся въ интересахъ цѣлаго какими нибудь благами, то все же исходя изъ принципа личныхъ интересовъ. Необыкновенно правильно говоритъ объ этомъ Эсменъ [2]).

Признавая личность и ея интересъ центромъ всѣхъ цѣлей государственной жизни, названный ученый находитъ, что, нарушивъ ихъ, политическое общество не удовлетворило бы своей существенной миссіи и государство потеряло бы ближайшее свое основаніе. Въ Германіи, съ легкой руки Гегеля, полагавшаго, что осуществленіе нравственнаго закона мыслимо лишь при посредствѣ государства, идея эта пустила глубокіе корни, и, напримѣръ, Іеллинекъ [3]) полагаетъ, что государство имѣетъ своей задачей расширить сферу «возможностей» для личности, хотя бы въ ближайшихъ послѣдствіяхъ и несогласныхъ съ началами индивидуализма [4]) [5]). А отсюда съ неизбѣжностью вытекаетъ связь всѣхъ гражданъ въ дѣлѣ поддержанія уголовнаго закона страны, имѣющаго своею непосредственной цѣлью оберечь ближайшіе интересы общежитія и государственнаго порядка. Отличительнымъ признакомъ современнаго намъ правового государства Гнейстъ считалъ возможность обжалованія всѣхъ дѣйствій административныхъ властей передъ судами, и онъ же первый указалъ при изслѣдованіи Англійскаго государственнаго права, что характерная особенность Англійской конституціи—не раздѣльность власти, какъ ошибочно полагалъ Монтескье, а солидарная дѣятельность органовъ законодательства и управленія [6]). Могущественное значеніе законодательства страны, въ отношеніи къ ея управленію, замѣчено еще Локкомъ въ Англіи, который полагалъ въ подчиненіи законодательной власти правительства найти основы сущности Англійской конституціи [7]). Будемъ ли мы съ Локкомъ въ трактатѣ о морали и съ Спенсеромъ въ соціальной статикѣ настаивать на рядѣ самостоятельныхъ правъ, присущихъ личности, или, отправляясь отъ Гоббза, черезъ Ж. Ж. Руссо и Спинозу, вмѣстѣ съ Зейделемъ, Лябандомъ и Іеллинекомъ будемъ объяснять возникновеніе законовъ, гарантирующихъ личность, изъ добровольнаго самоограниченія государства въ интересахъ болѣе устойчивой власти, или какъ Дюгюи [8]) станемъ говорить, что право существуетъ независимо отъ государства и выражаетъ собою требованія общественной солидарности, требованіе тѣмъ болѣе неизбѣжное для него, что само государство обусловлено въ своемъ существованіи принципомъ солидарности интересовъ,—мы вездѣ встрѣчаемъ признаніе

---

[1]) Характерно выразился объ этомъ Варрейль (Vareilles—Sommières, Note sur la personnalité morale au Congrès de legislation de 1900, p. 24, 26, 30). «Юридическое лицо есть фиктивное лицо, созданное, однако, не законодателемъ, который не имѣетъ никакого основанія обращаться къ созданію такого призрака и никогда, до нашихъ дней, не обращался къ нему, а если бы и обратился, то не создалъ бы ровно ничего; это созданіе доктрины, форма мысли, или способъ изложенія, превосходно изображающій, резюмирующій правила и итоги того юридическаго строя, который можетъ быть принятъ всѣми ассоціаціями и безъ котораго не могутъ обойтись большія и открытыя ассоціаціи и въ которыя всѣ входятъ и выходятъ съ большой легкостью и членами которой могутъ быть государства, общины, профессіональныя ассоціаціи и толпа».

[2]) (въ 3 изд. основ. конституц. права, стр. 177, 381 и 382), подлинникъ.

[3]) Въ «Allgemeine Staatslehere», S. 224—227. И. Гирке—Die Grundbegriffe des Staats und die neuere Staatsrechtsteorie b. Zeitschrift fur die gesammte Staatswissenschaft T. XXX S. 265.

[4]) Fouillée. L'idée modérne, p. 34—35, 198.

[5]) (Cournot t. I preface p. III et t. II, p. 269—274). Considération sur la marche des idées et des évènements, dans les temps moderne s. 1872. Paris.

[6]) Объ этомъ—«Взглядъ на обществ. ходъ развитія политическ. мысли во 2-й полов. 19-го вѣка», Ковалевскаго, стр. 522 (въ Рус. высш. школѣ въ Парижѣ).

[7]) Idem p. 507.

[8]) Въ «L'état, le droit objective et la loi positive» (1901 t. I, p. 278—302).

зависимости общества и государства, недѣлимыхъ и цѣлаго, индивидуальныхъ правъ и соціальныхъ предписаній, тѣсно сплетенныхъ между собой въ общей жизни [1]). Гейнце писалъ въ одномъ изъ своихъ сочиненій: «Судебно-уголовные кодексы такъ глубоко вторгаются въ область разнообразныхъ интересовъ общежитія, испытываютъ столь тѣсную связь съ началами, провозглашенными въ конституціонныхъ грамотахъ, что при кодификаціи ихъ нужно выслушать голосъ каждой партіи и взвѣсить внимательно ихъ требованія, выдѣливъ вѣрныя отъ ложныхъ, существенныя отъ добавочныхъ, и только послѣ этого можно выступить съ надлежащимъ закономъ» [2]).

Повидимому самыя произвольныя дѣйствія государственной власти часто отражались самымъ существеннымъ образомъ на всемъ характерѣ процесса. «Можно доказать, говоритъ Миттермайеръ, что во многихъ государствахъ розыскной процессъ былъ введенъ и сдѣлался господствующимъ вслѣдствіе недостатка частныхъ обвинителей, а это было слѣдствіемъ упадка національной свободы» [3]). Въ Англіи происходилъ процессъ обратнаго характера. Такимъ образомъ соціальная жизнь отражалась въ процессуальномъ правѣ и конституція страны болѣе или менѣе урѣзанная, вносила въ залу суда совершенно различные порядки. Введеніемъ тѣхъ или иныхъ началъ процессуальное право, въ свою очередь, отражается столь рѣзко на всемъ обиходѣ политической жизни внутри страны, что иногда эти положенія закрѣпляются соотвѣтственными параграфами конституціонныхъ законовъ. Напримѣръ, конституція Германіи содержитъ указанія на принятіе обвинительнаго начала. Въ этомъ отношеніи Квачевскій былъ правъ, указывая на отсутствіе въ правѣ и дѣйствительной жизни какихъ бы то ни было пограничныхъ линій и на полную невозможность отличать точно границы однихъ юридическихъ понятій отъ другихъ [4]).

Положеніе личности въ государствѣ, противопоставленіе ея ему, или гармоническое сліяніе ея жертвъ и чаяній съ очертаніями его формъ и цѣлей—все это отражается на процессѣ, составляя душу нашего времени, нашей эпохи, требующей уваженія къ личности, какъ къ таковой. Преклоненіе, начиная съ Канта, передъ сферой единоличнаго усмотрѣнія доходитъ у нѣкоторыхъ знаменитыхъ мыслителей прошлаго вѣка до сравненія государства съ собакой на цѣпи (Гумбольдтъ), и отсюда въ процессѣ появляется бездна предосторожностей, формъ, казуистическихъ правилъ, сближающихъ его съ процессомъ древности, гдѣ также, при свободной личности, процвѣтали безконечныя формальности процесса. Все развивающаяся роль защиты, участіе присяжныхъ, презумпція невиновности, публичность—все это основныя требованія растущей общественной солидарности и все увеличивающагося значенія индивидуума. Глязеръ въ своемъ руководствѣ блестяще развилъ эту зависимость принциповъ уголовнаго процесса отъ положенія личности въ государствѣ [5]) [6]) [7]).

---

[1]) Duguit, цит. соч., p. 278—362, особ. 279 и 280.

[2]) Заимствую у Фойницкаго, Ж. гр. и уг. пр. 1877 г. № 4, стр. 73.

[3]) Законод. и юридич. практика стр. 225. 1864 г. Петербургъ.

[4]) Стр. 59 об. угол. преслѣд. «Право процессуальное не есть нѣчто отдѣльное, а есть лишь часть права данной страны и, именно, государственнаго права» (Глязеръ, Руков., т. I, стр. 12. 1882 г., перев. Лихачева).

[5]) Такъ какъ уголовный процессъ вторгается болѣе всего въ область частныхъ интересовъ, онъ подвергаетъ ихъ большой опасности. Поэтому государственное право страны оказываетъ большое вліяніе на процессъ. Оно проявляется: 1) чѣмъ болѣе беззащитенъ гражданинъ противъ государства, тѣмъ менѣе онъ защищенъ и отъ притѣсненій уголовнаго процесса. Величайшія нарушенія его правъ будутъ совершаться, единственно, во избѣжаніе опасности оставить виновнаго безъ наказанія. Напротивъ, если дѣйствующее государственное право обезпечиваетъ гражданамъ прочную, законную свободу,—эта гарантія выразится всего явственнѣе въ тѣхъ учрежденіяхъ, которыя служатъ для того, чтобы злу примѣненія уголовнаго закона подвергался лишь виновный и чтобы лицо было возможно болѣе ограждено отъ причиненія произвольныхъ страданій, связанныхъ съ процессомъ (цит. соч., 36).

[6]) Фулье, цит. соч., стр. 198, и Курно, цит. соч. т. II, стр. 269 и 274. Дюгюи, цит. соч. т. I, стр. 274.

[7]) Въ §§ 21 и 22 декларацiи правъ 1793 г. обязанность госуд. сводилась къ содѣйствію личности.

Вліяніе общественной жизни и положеніе лица въ процессѣ образуютъ канву, на которую ложится тонкій узоръ вліяній общественныхъ учрежденій. Присущая нашему времени самодѣятельность личности, косность,—символъ среднихъ вѣковъ, политическія вліянія римской республиканской эпохи и народоправствъ Греціи, признаніе человѣка игралищемъ невѣдомыхъ силъ, или прозрѣваніе суровой неизбѣжности вѣчныхъ законовъ—все отражалось на положеніи лица въ процессѣ. «Чѣмъ менѣе была въ государствѣ развита общественная жизнь, тѣмъ менѣе заботился народъ о гарантіяхъ, доставляемыхъ улучшеніемъ уголовнаго производства и объ опасностяхъ, которыя угрожаютъ отъ дурного устройства суда», замѣчаетъ Миттермайеръ [1]). И такъ эта связь съ государственнымъ правомъ, обусловленная, если можно такъ выразиться, чисто анатомическимъ родствомъ процесса—какъ вѣтви суда, суда—какъ вѣтви управленія и управленія—какъ дѣйствительной функціи закона, можетъ быть признана несомнѣнной. Биркмейеръ, касаясь этой общности права, процесса и государства, говоритъ: «какъ наука, практическая юриспруденція обязана считаться съ потребностями практической жизни» [2]).

Переходя теперь къ ближайшему опредѣленію существа процесса, нельзя не указать мѣста имъ занимаемаго въ томъ большомъ отдѣлѣ правовыхъ институтовъ, которое въ наукѣ извѣстно подъ именемъ права уголовнаго. Уголовное право имѣетъ своей задачей конструировать въ отвлеченныхъ формахъ понятіе преступленія и, изучая строеніе конкретныхъ преступныхъ дѣяній и являющейся ихъ рефлексомъ карательной дѣятельности государства, направлять свои усилія къ возможно болѣе совершенному опредѣленію понятія преступленія и устраненія его изъ жизни. Какъ и всякое право вообще, уголовное право въ особенности является выраженіемъ громаднаго процесса міровой борьбы, тяжкихъ и настойчивыхъ усилій групповой воли [3]). Великолѣпно говорилъ объ этомъ Іерингъ въ своемъ соч. «Духъ римскаго права» [4]): «Право не есть убѣжденіе, воззрѣніе, словомъ интеллектуальная величина, короче не есть умственная сила, но нравственная, оно есть воля. Только воля можетъ дать праву то, на чемъ покоится его существо—дѣйствительность, только она имѣетъ реально образующую творческую силу». Оно рождается изъ борьбы, глубокимъ надсадомъ, безпредѣльной цѣпью столкновеній, воздѣйствій, инстинктивныхъ процесовъ и сознательныхъ формъ мышленія, изъ вихревыхъ вращеній народныхъ массъ, соціальныхъ переворотовъ, единоличной настойчивости; оно, какъ драконъ китайскихъ сказокъ, отливая всѣми цвѣтами своего внутренняго огня, медленно ползетъ черезъ міровую сцену [5]).

То, что происходитъ въ соціологической средѣ войнъ и революцій въ громадномъ масштабѣ, и значитъ съ громадной скоростью, совершается въ меньшихъ размѣрахъ и съ гораздо большей незамѣтностью переходовъ въ правѣ уголовномъ, какъ и въ правѣ

---

[1]) Законод. и юрид. прак. 1864 г.. стр. 3.

[2]) По этому же вопросу Виндшейдъ Wille und Willenserklärung, S. 9. 1878: «право должно существовать не ради самого себя и не ради наслажденія, которое должно доставлять его познаніе; оно должно удовлетворять человѣческія потребности, оно должно содѣйствовать достиженію человѣческихъ цѣлей».

[3]) Duguit t. 1 p. 280—281 и 11.

[4]) Духъ римскаго права, 1875, Петерб., т. I, стр. 284.

[5]) За много лѣтъ до знаменитаго Іеринга Одилонъ Баро писалъ: «Просмотрите страницы нашей исторіи и вы, почти въ каждой изъ нихъ, увидите, что грубая сила нарушаетъ право. Народъ и правительство, одинъ за другимъ, силою низвергаютъ законность. То народное собраніе осуждаетъ короля, которому оно обѣщало неприкосновенность, то глава государства нарушаетъ права народныхъ представителей, которыя защищать онъ былъ избранъ. Одинъ разъ армія помогаетъ главѣ государства въ произведеніи переворота, другой—армія подымается противъ власти. Франція переходила отъ переворота къ перевороту, отъ одного акта мести къ другому, провела почти 100 лѣтъ въ конвульсіяхъ, не успѣвъ выработать никакой устойчивости».

вообще, находящемся въ положеніи вѣчной неустойчивости, безпрестаннаго колебанія, непрестающихъ приливовъ и отливовъ, нападеній на существующій порядокъ и усилій отстоять его неприкосновенность. Будучи идеализованнымъ абстрактнымъ фактомъ жизни, указывающимъ на желательные въ ней элементы [1]), оно находится въ состояніи вѣчной текучести, какъ и самое основаніе его, солидарность и общественная справедливость [2]).

Тѣмъ не менѣе уголовное право нуждается въ болѣе спеціальной формѣ юридической дѣятельности, въ видѣ совокупности нормъ, опредѣляющихъ тотъ порядокъ, въ которомъ устанавливается самая преступность и наказуемость отдѣльныхъ дѣяній [3]). Изъ данныхъ нами первоначально опредѣленій уголовнаго права матеріальнаго и формальнаго уже видна тѣснѣйшая связь, существующая между ними. Она заключается прежде всего въ способахъ изслѣдованія привходящихъ въ чисто юридическую дѣятельность соціальныхъ факторовъ—съ одной стороны и въ мѣстѣ, занимаемомъ ими въ общей системѣ человѣческихъ знаній—съ другой. Но едва ли не болѣе всего видна эта связь въ органическомъ сближеніи ихъ пограничныхъ линій, сходящихся къ центру ихъ ученія—человѣку въ его соціальной обстановкѣ, въ научномъ методѣ изслѣдованія фактовъ, подлежащихъ изученію, въ отношеніи къ этическимъ системамъ. Профессоръ Тальбергъ полагаетъ, что отличіе между матеріальнымъ и формальнымъ правомъ не больше, чѣмъ между матеріей и формой одного и того же организма, т. е. принципіальнаго различія не видитъ [4]). Исторически это конечно вѣрно и намъ извѣстно, что, не говоря уже о древнѣйшихъ законодательныхъ памятникахъ, несшихъ по преимуществу процессуальное содержаніе даже въ началѣ XIX-го вѣка, въ наукѣ различія не знали. Феербахъ, Грольманъ, Титтманъ и другіе криминалисты не выдѣляли процесса изъ общаго ученія объ уголовномъ правѣ. Въ самое послѣднее время, уголовный процессъ во французской литературѣ [5]) излагается какъ часть уголовнаго права матеріальнаго. То же самое мы можемъ наблюдать въ Англіи. Совершенно справедливо также, что принятая конструкція матеріальнаго уголовнаго права, понятіе преступленія и наказанія, въ значительной мѣрѣ вліяютъ на содержаніе процесса. Понятна также догматическая ихъ близость. Давность напримѣръ фактически вліяетъ истеченіемъ процессуальныхъ сроковъ на уголовно-матеріальные результаты дѣянія и отвѣтственности. Въ дѣйствующемъ законодательствѣ мы видимъ ихъ постоянно сплетающимися между собою. Во Франціи ученіе о давности помѣщено въ процессуальномъ кодексѣ ст. 635—643 code instr. crim, у насъ объ этомъ гласятъ ст. 1592 и 96 улож. о наказ. Законодательныя воздѣйствія на кодексы матеріальные вызываютъ соотвѣтственную потребность въ измѣненіяхъ процессуальнаго кодекса. Австрійскій процессъ 1873 г. создаетъ пересмотръ уложенія, у насъ работы по составленію новаго уголовнаго уложенія велись почти въ параллель съ реформами судебныхъ уставовъ, въ Англіи статуты Викторіи 48—50 годовъ охватывали въ равной мѣрѣ процессъ и матеріальный кодексъ и т. п. [6]). Однако же нельзя согласиться съ профессоромъ Фойницкимъ [7]) и Тальбергомъ [8]) въ ихъ своеобразномъ пантеизмѣ, признающемъ право процессуальное какъ бы оборотной стороной матеріальнаго уголовнаго права.

---

[1]) Стронинъ—«Политика какъ наука» 1872 г., стр. 25.
[2]) Таганцевъ, томъ I стр. 16.
[3]) Таганцевъ, idem.
[4]) Тальбергъ—Руков. къ угол. процессу, 1889 г. стр. 2.
[5]) Буатардъ, Ортоланъ, Гарро.
[6]) Случевскій—Учебн. угол. проц., 1895 г. стр. 7. Глязеръ, Руков., т. I, стр. 227 и 228.
[7]) (Курсъ, стр. 2).
[8]) Учебникъ, стр. 2.

Начиная съ Франціи, въ которой впервые code penal отъ 25 сентября 1791 г. излагалъ уголовно-матеріальные законы отдѣльно отъ уголовно-процессуальныхъ, этотъ порядокъ различія перешелъ въ Германію, гдѣ Баварское уложеніе наслѣдуетъ французскому образцу и, доходя до Россіи, гдѣ такое раздѣленіе было установлено «краткимъ изображеніемъ процессовъ» 1721 г. и, хотя и съ колебаніями и отступленіями, окончательно утвердилось у насъ съ 1864 года, попавъ въ XVI томъ ч. I св. зак. По этому же пути, разумѣется, должны были слѣдовать и наши воинскіе кодексы. Указъ о формѣ суда, изданный 5 ноября 1723 года, которому приписываютъ возвращеніе нашего законодательства къ обвинительнымъ началамъ, распространялся и на армію, что и было подтверждено указомъ 30 ноября 1724 г. [1]); затѣмъ слѣдовала «инструкція полковнику пѣхотнаго полка» 1764 г., излагавшая совершенно отдѣльно правила процесса. Въ 1778 году Ревизіонныя коллегіи получили запретъ вторгаться въ компетенцію военныхъ судовъ [2]) и, такимъ образомъ, дифференціація идетъ еще далѣе; затѣмъ въ этомъ же направленіи шли указы 9 января 1727 года, объ образованномъ при Государѣ генералъ-аудиторствѣ. Потомъ, наиболѣе крупнымъ законодательнымъ памятникомъ этого характера является военно-уголовный уставъ 1839 года, излагавшій во 2-й книгѣ всѣ формальные законы въ систематическомъ порядкѣ, начиная съ воинскихъ уставовъ Петра I [3]), и, наконецъ, военно-судебные уставы 1867 г. Это догматическое раздѣленіе функцій являлось лишь внѣшнимъ выраженіемъ другого, болѣе глубокаго и важнаго процесса, который протекалъ въ научномъ сознаніи теоретической мысли въ дѣлѣ пониманія разницы, не столько формальной, сколько по существу, между этими отдѣлами уголовнаго права.

Не касаясь самаго метода изслѣдованій, который, по моему, долженъ быть во многомъ одинаковъ, помимо внѣшняго его различія въ способахъ, мы находимъ еще глубокую разницу въ условіяхъ и средствахъ, которыми оба отдѣла достигаютъ своихъ цѣлей. Если матеріальное уголовное право есть идеализированная абстракція жизни, оно неизбѣжно должно опредѣлять прежде всего общія условія, которымъ долженъ удовлетворять извѣстный конкретный фактъ, чтобы онъ могъ быть подведенъ подъ устанавливаемыя имъ категоріи юридическихъ нормъ. Процессъ же напротивъ вырабатываетъ средства изысканія истины, которыя бы удостовѣряли наличность признаковъ, устанавливающихъ съ юридической точки зрѣнія существованіе въ конкретномъ случаѣ уголовно—матеріальныхъ условій. Эта работа процесса является неизбѣжной предпосылкой той степени развитія общества, при которой гарантія личности требуетъ соблюденія извѣстныхъ нормъ права, прежде примѣненія уголовно-матеріальнаго закона. Положенія, главнымъ образомъ уголовно-политическаго свойства, часто исключаютъ возможность уголовно-матеріальной реакціи государства на личность, если въ процессуальномъ порядкѣ юридическая достовѣрность дѣянія не можетъ быть прочно обоснована. Это обстоятельство заставило Глязера искать выхода въ установленіи особой области матеріально-судебнаго права, являющейся какъ бы нейтральной зоной между матеріальнымъ правомъ и процессомъ [4]). Все же это мало помогаетъ дѣлу, и если даже признать существованіе такой области, то она можетъ служить въ одинаковой мѣрѣ доказательствомъ и за, и противъ органической общности, и восклицаніе названнаго ученаго— «черезъ уголовное судопроизводство осуществляется уголовное право, поэтому отъ значенія перваго зависитъ значеніе послѣдняго»—ничего намъ не докажетъ. Нѣсколько такихъ чертъ различія указалъ профессоръ Случевскій въ своемъ учебникѣ [5]); къ числу

---

[1]) Шендзиковскій—Конспектъ лекціймо ист. русскаго военно- угол. законод., 1885 г. стр. 53.

[2]) Шендзиковскій, стр. 161.

[3]) Шендзиковскій, стр. 207.

[4]) Глязеръ—Рук., стр. 227—228.

[5]) Стр. 18.

таковыхъ онъ относитъ основные принципы дѣятельности органовъ суда, правила, по которымъ происходитъ изслѣдованіе и опредѣленіе уголовныхъ доказательствъ, процессуальные способы и средства дѣйствія и т. д.

Настоящія основныя различія, на самомъ дѣлѣ, заложены глубоко въ существѣ названныхъ научныхъ дисциплинъ. Дѣйствительно, если по отношенію къ уголовному праву, въ тѣсномъ смыслѣ, мы можемъ признать извѣстную справедливость знаменитыхъ обвиненій Стронина, то это происходитъ отъ дѣйствительнаго органическаго строя матеріально-уголовнаго права. Это къ нему нашъ знаменитый соціологъ обращалъ въ большей мѣрѣ горькіе упреки [1]). «Намъ нужно бы знать происхожденіе и причины преступленія, какъ происхожденіе и слѣдствіе наказанія; точно ли между системой устрашенія, возмездія, исправленія есть разница, или никакой, почему, несмотря на полное отправленіе дѣйствій юстиціи, каждое общество и каждое время имѣетъ свои господствующія и имъ однимъ свойственныя преступленія, вырастающія почти соразмѣрно со строгостью правосудія... Но на всѣ эти вопросы не даютъ отвѣта ни капитуляріи Карла, ни новеллы Юстиніана» [2]). Этого замѣчательнаго прогноза всѣхъ дальнѣйшихъ попытокъ уголовнаго права стать точной наукой мы еще коснемся, пока же авторъ только подтверждаетъ общеизвѣстную намъ чрезвычайную спорность основныхъ вопросовъ уголовнаго права и неопредѣленность его главнѣйшихъ выводовъ.

Громадный вопросъ о цѣли наказанія, сближая уголовное право съ этикой, сообщаетъ ему и ея страшную интуицію, и ея туманную субъективность. Только тогда, когда этотъ вопросъ о цѣляхъ наказанія превратится въ научную систему, точно опредѣленную въ послѣдствіяхъ, выясненную въ причинахъ, закрѣпленную въ фактахъ,— тогда только уголовное право станетъ наукой [3]).

Сближеніе съ этикой мы найдемъ и въ уголовномъ процессѣ, какъ въ исторіи, въ антропологіи, политической экономіи, однимъ словомъ вездѣ, гдѣ господствовалъ соціологическій методъ. Но въ уголовномъ судопроизводствѣ это сближеніе съ этикой не играетъ той исчерпывающей роли, какъ мы это видимъ въ уголовномъ матеріальномъ правѣ. Выражаясь образно, можно сказать, что хотя всѣ дисциплины соціологическаго типа вступили въ бракъ съ этикой, одно уголовно матеріальное право имѣетъ съ нею общность имуществъ. Всѣ остальные распоряжаются своимъ достояніемъ самостоятельно, и потому могутъ подвергать содержаніе своей жизни богатымъ измѣненіямъ, руководствуясь лишь самостоятельными цѣлями и направляясь собственной волей. Въ уголовномъ правѣ этого нѣтъ; стоя въ зависимости отъ этики въ опредѣленіи цѣлей кары, оно принимаетъ на себя всѣ обязанности спутника въ достиженіи ставимыхъ ею цѣлей. Начинаясь съ инстинктивныхъ понятій о добрѣ и злѣ, вырабатываясь путемъ вѣковыхъ приспособленій индивида и общества, въ понятіяхъ долга, этика постепенно переходитъ изъ фазы голыхъ чувствованій, и стало быть формъ рефлекторной воли, къ положеніямъ разумнаго анализа житейскихъ отношеній, въ цѣляхъ обоснованія и раскрытія существа добра и зла. Одинъ изъ очень талантливыхъ изслѣдователей этого вопроса—Паульсенъ даже говоритъ, что рѣшеніе вопроса о—природѣ высшаго блага

---

[1]) «Юридическія науки знаютъ, что законы должны быть и у законодателя, но по этому пути не двинулись ни на шагъ. Въ жизни обществъ и индивидовъ мы не умѣли строить ничего, хотя и строили ежедневно, не имѣемъ въ рукахъ ни одного закона изъ естествовѣдѣнія общества и человѣка, хотя и издаемъ законы поминутно. Мы то и дѣло хлопочемъ, какъ бы сдѣлаться нравственнѣе, добрѣе, лучше, невиннѣе, заводимъ для этого бичи, темницы, тюрьмы, усваиваемъ всевозможныя вѣрованія, надежды, обѣты, всѣми силами философіи и кодексовъ доказываемъ красоту и полезность добродѣтели; не въ иномъ же намѣреніи мы отравляемъ нашихъ Сократовъ, жгли Бруно, предавали анафемѣ Галлилеевъ, и все это съ единственной цѣлью, чтобы они не деморализовали нашу нравственность» (стр. 5 и слѣд. «Ист. и методъ»).

[2]) Стронинъ—Ист. и метод., стр. 63 и слѣд.

[3]) Владиміровъ—Суд. присяж., стр. 91.

вообще—дѣло не ума, а воли [1]). И если, исходя отсюда, имѣть въ каждомъ индивидумѣ носителя идеаловъ тѣхъ формъ и высшихъ представленій своей жизни, которыя, исходя изъ чувствъ, управляютъ волей, направляя ее къ жизненнымъ цѣлямъ, если, какъ это и дѣлаютъ современные ученые, признавать самостоятельную нравственность для эпохъ, расъ и индивидуумовъ [2]), то придется считать, что абсолютное рѣшеніе вопросовъ добра и зла, стало быть и наказанія, едва ли возможны, потому что недоступны точному знанію. Наука есть система общихъ истинъ, исходящихъ изъ опредѣленнаго порядка явленій. Постольку этика не можетъ быть наукой и всегда будетъ носить характеръ искусства, т. е. отличаться чисто принудительнымъ характеромъ. Франческо Нити мѣтко опредѣлилъ разницу между ними, какъ между изъявительнымъ и повелительнымъ наклоненіями [3]), и почти въ такомъ же отношеніи находятся другъ къ другу матеріальное уголовное право и процессъ.

Опредѣлимъ теперь ближе сущность отношеній, соединяющихъ матеріальное уголовное право и уголовный процессъ. Прежде всего, съ чисто методологической стороны, послѣдній занимается гораздо больше динамикой явленій, чѣмъ статикой ихъ. Въ то время какъ матеріальное право заботится больше всего объ опредѣленіи понятія преступленія и наказуемаго и все время находится въ области теоретическихъ пожеланій столько же, сколько въ станѣ моральныхъ признаковъ, процессъ сближается съ науками, имѣющими дѣло съ изысканіемъ законовъ природы. Если мы признаемъ за ними значеніе формулъ, свидѣтельствующихъ о непрестанныхъ единообразіяхъ въ общемъ порядкѣ природы, намъ придется, вмѣстѣ съ Бекономъ, признать основными факторами научнаго пониманія—наблюденіе и опытъ. Въ этомъ отношеніи дѣйствительно ни одна точная наука не можетъ обойтись безъ пользованія этими средствами. Процессъ въ широкой мѣрѣ примѣняетъ наблюденія и опыты, имѣя основныя начала, изъ которыхъ стремится дѣлать выводы общеобязательнаго характера [4]).

Въ какомъ положеніи стоитъ къ методамъ прочихъ наукъ методъ основныхъ положеній, обобщающихъ характеристикъ, которыя занимаютъ столь большое мѣсто въ дедукціяхъ процесса? Правъ ли былъ Монтескьё, когда онъ говорилъ: «Міръ свободы управляется иначе, чѣмъ міръ физическій, такъ какъ, хотя у него и есть законы, по своей природѣ неизмѣнные, но онъ не слѣдуетъ имъ съ тѣмъ постоянствомъ, съ которымъ физическій міръ слѣдуетъ своимъ законамъ [5])». Методъ дедукціи, или обобщенія, играетъ въ этомъ отношеніи не меньшую роль и въ системѣ наукъ точныхъ, выполняя тѣмъ роль средства въ достиженіи конечныхъ цѣлей,—исканія истины... «Благодаря обобщенію, всякій наблюдаемый фактъ заставляетъ насъ предусматривать большое число подобныхъ же фактовъ. Какъ бы прочно обосновано не казалось намъ предвидѣніе, мы никогда не бываемъ абсолютно увѣрены, что опытъ его не опровергнетъ [6])».

Въ этомъ отношеніи и науки естественныя, и математическія, и науки соціальныя могутъ пользоваться методомъ гипотезъ и дедукціи, нисколько не страдая въ точности. Важна лишь, какъ правильно замѣчаетъ Пуанкаре, опытная провѣрка обобщеній. И

---

[1]) Вопросъ, что такое хорошая жизнь, вообще, въ концѣ концовъ рѣшается непосредственнымъ неоспоримымъ чувствомъ, въ которомъ проявляются самыя глубокія стремленія». (Основы этики, 1907 г., стр. 11 и слѣд.). Петербургъ.

[2]) Паульсенъ, стр. 23—25.

[3]) Нити, стр. 15 цит. соч.

[4]) Объ этомъ у Владимірова, стр. 91 цит. соч.

[5]) (Духъ закон., 1900 г., стр. 7). Объ этомъ же Іерингъ—Цѣль въ правѣ т. I, 1881, стр. 23—24.

[6]) «Всякое обобщеніе есть гипотеза; слѣдовательно, гипотеза выполняетъ роль необходимаго, которое никто, никогда не оспаривалъ. Но она должна по возможности часто подвергаться провѣркѣ. Понятно само собой, что, если она не выдержитъ испытанія, она должна быть отброшена безъ колебанія» (Poincaré: Sur les rapports de la physique expérimentale et de la physique mathématique, 1900, p. 3 et 8, Paris).

уголовный процессъ, въ теченіе вѣковъ историческаго существованія, обобщалъ наблюдая, провѣрялъ теоріи—фактами, абстракціи—жизненными данными, системы—политической структурой. На протяженіи вѣковъ продолжался этотъ гигантскій процессъ логической дедукціи и практическихъ опытовъ, судебнаго прозрѣнія, солидарнаго вліянія и отстаиванія личныхъ правъ, пока закрѣпился въ тѣ формы и наполнился тѣмъ содержаніемъ, которое у насъ передъ глазами. Съ другой стороны, цѣли у процесса и точныхъ наукъ однѣ и тѣ же,—познаніе истины, изъ раскрытія причинъ и слѣдствій, наличныхъ элементовъ событія. Процессъ, какъ любая точная наука, скажемъ физика, ищетъ присутствія данныхъ, нужнаго ему факта, въ комплексахъ естественныхъ, ему сопутствующихъ признаковъ, устанавливаетъ ихъ взаимную связь, или противоположность, выдѣляетъ, группируетъ, классифицируетъ явленія, примѣняетъ синтезъ къ выводамъ, анализъ къ даннымъ. Онъ не имѣетъ цѣлей особыхъ отъ возможно точнаго установленія бытія предполагаемаго факта. На него не вліяютъ непосредственно ни соображенія національной пользы, ни притязанія господствующей нравственности. Одна истина становится его объектомъ, путеводной звѣздой, ведущей его въ тяжелой дорогѣ. Безстрастный и холодный, какъ любая изъ точныхъ наукъ, онъ продвигается вмѣстѣ съ человѣчествомъ къ завѣтной цѣли, борясь съ препятствіями и не считая приносимыхъ жертвъ. Людское счастье, семейная добродѣтель, обобщенное заблужденіе, желанная традиція, телеологическій инстинктъ, общественное состраданіе,—все, что словно фуріи окружаютъ и грызутъ мысль криминалиста,—чужды процессу. Наединѣ съ фактомъ опыта, съ производными жизни, онъ, сближаясь, лицомъ къ лицу, съ верховнымъ единообразіемъ явленій, стремится, какъ великій Александрійскій мистикъ, видѣть солнце истины, восходящее надъ моремъ заблужденій. Но есть у процесса въ самомъ его содержаніи и существенная разница отъ наукъ, цикла естествознанія.

Однимъ изъ главныхъ элементовъ процессуальной дисциплины является человѣкъ со всѣми его сильными и слабыми сторонами. Монтескьё опредѣлилъ очень мѣтко, что въ существѣ своемъ онъ не измѣненъ [1]). Но вотъ формы удовлетворенья этихъ страстей, растущій процессъ критикующаго мышленія, вмѣшательство интеллекта въ борьбу чувствъ, это заставляетъ человѣка замѣнять однѣ страсти и укрощать другія, строить новые алтари и вообще, опираясь на мысль, измѣнять жизнь, а значитъ и себя съ нею [2]). Эта личность измѣняющаяся сама и, критикующимъ разумомъ, побуждающая окружающую соціальную среду измѣняться въ униссонъ съ нею, и есть та постоянно перемѣнная величина, которая чрезвычано осложняетъ изслѣдованіе процесса и сближаетъ его съ отдѣломъ наукъ соціальныхъ. Поэтому соціальные элементы, привходящіе въ предметъ и содержаніе процессуальнаго права, поскольку они являются перемѣнными величинами, включаютъ въ понятія, съ которыми оперируетъ послѣднее, потребность идеала [3]). Отсюда становится понятнымъ рѣшительное утвержденіе проникновенія права идеальными элементами, на которое указываетъ Фулье. „Наука соціальная и политическая еще болѣе чѣмъ всѣ другія должна дать отчетъ идеалу въ своихъ принципахъ и ихъ приложеніи“ [4]). У римлянъ, напримѣръ, гдѣ право процессуальное и матеріальное

---

[1]) Во всѣ времена люди имѣли однѣ страсти, этимъ и объясняется, почему различіе могло коснуться только обстоятельствъ, вызвавшихъ великія перемѣны, а не причины, ихъ обусловившія (Consideration sur les causes de la grandeurs de Romains et de leur decadence ch. I).

[2]) Прекрасно сказалъ объ этомъ Лавровъ: «Народный духъ въ данную эпоху есть духъ критически мыслящихъ личностей этой эпохи, понимающихъ исторію народа и желающихъ внести въ его настоящее возможно болѣе истины и справедливости. Опытъ человѣчества есть не что иное, какъ пониманіе его исторіи тѣми же критически мыслящими и энергически желающими личностями» (Историч. письма. 1906 г., стр. 137).

[3]) Fouillée—L'idée moderne du droit, 1878, также p. 226, 42 и 43 и Іерингъ—Цѣль въ правѣ, стр. 24, 43—44, 53.

[4]) Милль говоритъ въ Системѣ логики: «тѣ, кто занимается человѣческой природой и обществомъ, всегда берутся говорить не только то, что есть, но и то, что должно быть. Научная теорія, какъ бы она ни была современна, никогда не можетъ замѣнить телеологію».

сливались, наука права называлась чрезвычайно претенціозно, divinarum atque humanarum rerum notita justi atque injusti scientia". Это былъ естественный рефлексъ пониманія науки права, въ томъ смыслѣ, какой она получила при сближеніи съ соціологическими проблемами и снабженіе ея предикатами судьи и критика. Вслѣдъ за этимъ пришло новое направленіе научной мысли, подводящее подъ всѣ юридическія явленія фундаментъ позитивизма. Оно имѣетъ своей цѣлью уже не отысканіе абсолютныхъ неизмѣнныхъ началъ права, а изслѣдованіе тѣхъ силъ, которыя лежатъ въ основѣ возникновенія и эволюціи права въ уясненіи постоянныхъ принциповъ управляющихъ юридическими явленіями [1]). Отсюда неизбѣжно, что этическій элементъ, проникающій все понятіе о правѣ, отражается въ идеальныхъ цѣляхъ процесса, направляя его къ осуществленію идеала права, чаемаго уже древними jus est ars boni et aequi [2]).

Теперь, когда намъ возможно перейти къ существу самого процесса, мы должны остановиться прежде всего на причинахъ, обусловливающихъ его существованіе. Извѣстенъ безнадежный отзывъ нашего знаменитаго соціолога Стронина, доказывавшаго абсолютное несоотвѣтствіе догматическаго права съ началами разума [3]). Принявъ это положеніе автора, намъ пришлось бы стать въ отчаянную позицію, ибо какъ обосновать работу процессуалиста, если вся она направлена, такъ сказать, къ поддержанію противодѣйствія природѣ, какъ отстаивать извѣстныя положенія, когда самое существованіе права является нонсенсомъ. Къ счастью, дѣло обстоитъ не такъ плохо и было бы слишкомъ легко доказать, что, если право рождается изъ борьбы, то оно же всегда является сторонникомъ слабости, а не силы, какъ полагалъ Спиноза, и только въ противодѣйствіи несправедливости черпаетъ свое обоснованіе. Попытаемся же теперь ближе разсмотрѣть самое существо процесса. Для этого необходимо охватить его взглядомъ со всѣхъ сторонъ, уяснить его цѣли, формы, пріемы и содержаніе, познакомиться съ его задачами, выяснить методъ, раскрыть основные элементы его существованія. Только тогда возможно будетъ научное его пониманіе, ибо правильна мысль Риттера: „только распознаваніе отношеній цѣлаго ведетъ къ наукѣ, а не описаній частей". Изъ двухъ формъ познанія, эмпирической и раціональной, вытекаютъ и два различные способа методологическаго исканія истины: одинъ, наиболѣе строго проводимый математикой, состоящій въ дедуктивномъ выведеніи деталей, изъ общихъ предпосылокъ, помощью чисто логическихъ операцій, другой, которымъ пользуются науки естественныя, беретъ за исходный пунктъ своей дѣятельности опытъ и наблюденіе, который онѣ, индуктивнымъ путемъ, выливаютъ въ широкія формулы законовъ причинной зависимости съ цѣлью установленія постоянства отношеній въ связи явленій [4]) [5]). Не трудно видѣть, что уголовный процессъ ближе, по своимъ свойствамъ, подходитъ къ группѣ наукъ естественныхъ, ибо, примѣняя методъ логическихъ извлеченій изъ общаго частнаго, онъ тѣмъ болѣе пользуется методомъ эмпирико индуктивнымъ, что ему, по самой природѣ

---

[1]) L. Stein въ соч. Gegenvart und Zukunf t der. Rechts und Staatsvissenschaft (1876 стр. 12 и слѣд. Stutgart, а также 89 и слѣд., говоритъ, что право должно быть, не такъ какъ теперь, знаніемъ положительзаконовъ, а «наукой тѣхъ силъ, которыя порождаютъ право».

[2]) Объ этомъ см. Пахманъ—«Рѣчь, произнесенная въ годичномъ собраніи Петер. Юрид. Общ. 14 февраля 1882 года».

[3]) «Глубочайшая причина существованія суда одна, или несогласіе права съ мнѣніемъ интелигенціи или несогласіе мнѣнія съ истиной, или несогласіе истины съ текущей дѣйствительностью. Стронинъ—Политика какъ наука, 1872 г., 260—66».

Стюартъ Милль—Система логики, стр. 987 и слѣд., 367, 699 и 711, 1900 г. С.-Петерб. переводъ подъ редакціей Ивановскаго.

[4]) Объ этомъ Broil—«Discours de la methode», 1906, p. 132.

[5]) Объ этомъ Фойницкій—Судеб. журн. 1873 г. «Угол. право, его предметъ и его задачи. Чубинскій—Очерки угол. политики, 1905.

Garraud—Precis de droit crimin. Paris, 1904.

своей, приходится вращаться въ кругѣ объективно конкретныхъ явленій. Въ этомъ отношеніи давно уже, и совершенно справедливо, профессоръ Владиміровъ писалъ: „весь уголовный процессъ, собственно говоря, сводится къ способности собирать и эксплоатировать доказательства съ цѣлью возстановлять передъ судьей прошлое событіе въ наивозможно вѣрнѣйшихъ и подробнѣйшихъ чертахъ. Возьмите любой кодексъ и вы найдете, что онъ весь посвященъ постановленіямъ о собираніи и пользованіи доказательствами» [1]). Еще болѣе рѣшительно поступилъ въ этомъ случаѣ Бентамъ, который все искусство судопроизводства сводитъ къ исключительному пользованію доказательствами [2]). Такимъ образомъ, оперированіе съ фактами внѣшняго міра, установленіе между ними системы классификаціи по группамъ большей или меньшей приближенности къ основной причинѣ, логическая координація всѣхъ возникающихъ въ процессѣ отношеній, съ цѣлью наиболѣе точнаго установленія ихъ причинной зависимости,— вотъ тѣ операціи, которыя постоянно протекаютъ въ процессѣ. Правда, сюда привходятъ еще одни условія, чрезвычайно осложняющія работы въ этого рода научной дисциплинѣ. Это различіе между біологической экономикой и экономикой организаціи человѣческихъ обществъ. Американскій соціологъ Уордъ очень правильно опредѣлилъ ее въ томъ, что тогда какъ въ первой усилія равны результатамъ, во второй возможно полученіе полезнаго эфекта, большаго чѣмъ затраченныя усилія [3]) и стало быть мы имѣемъ отсюда необходимость считаться съ тѣмъ, незнакомымъ міру неорганическихъ отношеній порядкомъ, который носитъ въ наукѣ соціологіи названіе прогресса. Прогрессъ, обусловливая постоянную измѣнчивость человѣческихъ отношеній, вноситъ безпрерывное нарушеніе равновѣсія въ установившіеся принципы процессуальной доктрины, заставляя вводить все новые и новые корелляты, чтобы итти вмѣстѣ съ развитіемъ общественныхъ отношеній. Чтобы быть не мертвой формой, лишенной содержанія, не амулетомъ на шеѣ современнаго государства, предохраняющимъ его въ воображеніи отъ ошибокъ и заблужденій, а дѣйствительнымъ оружіемъ разума противъ несправедливости, процессъ долженъ итти вмѣстѣ съ жизнью. Процессуалисты тогда только будутъ выполнять свое назначеніе, когда они, какъ воздухоплаватели на воздушномъ шарѣ, будутъ плыть съ воздухомъ, не замѣчая своего движенія. Какія бы колебанія ни происходили въ атмосферѣ, какъ бы ни былъ великъ ураганъ, шаръ не испытываетъ толчковъ, ибо онъ уносится вмѣстѣ съ вѣтромъ. Таково должно быть и положеніе процесса. Народы, вводящіе въ процессъ тѣ измѣненія, которыя являются неизбѣжной потребностью новыхъ соціальныхъ отношеній, одни имѣютъ процессъ, удовлетворяющій требованіямъ науки, не идущій въ разрѣзъ съ первичными тяготѣніями того основного элемента, который всегда будетъ лежать въ основѣ процессуально-юридической дѣятельности человѣка. Quel est le but de la pocédure, le but de toutes ses précaution et de toutes ses formalites, c'est la recherche de la verité. Or quel est le seul moyen de reconnaitre la verité d'un fait si ce n'est la certitude qu'on ressent en soi même que ce fait existe ou n'existe pas? La justice n'a pas d'autre instrument et d'autre organe,

---

[1]) Стр. 92 и 93.

«Уголовное судопроизводство есть закономъ установленный порядокъ осуществленія карательнаго права въ отдѣльныхъ случаяхъ. Это выраженіе означаетъ: 1) какъ самые пріемы судопроизводства, такъ и совокупность правилъ, опредѣляющихъ его, содержащихся отчасти въ законѣ (угол. судебн. право), отчасти въ наукѣ и, такимъ образомъ, противополагающихъ отвлеченному понятію уголовнаго судопроизводства, способы примѣненія нормъ уголовнаго права въ каждомъ конкретномъ случаѣ» (Глязеръ, стр. 227). «Правила уголовнаго процесса опредѣляютъ образъ, способъ и порядокъ дѣйствія органовъ уголовнаго правосудія. Всѣ они имѣютъ въ виду раскрытіе противозаконныхъ свойствъ дѣянія, указанія виновныхъ, разъясненіе степени его отвѣтственности за уголовную вину передъ обществомъ, интересы котораго нарушены дѣяніемъ». (Глязеръ—Рук. къ угол. процессу, стр. 9).

[2]) «О судебн. доказат.», 1876 г., стр. 2 пер. Горановскаго.

[3]) Уордъ—Психич. факторы цивилизацій.

que l'homme lui même [1]). Но уголовный процессъ является, помимо того, отраслью наукъ юридическихъ, онъ есть суммировка юридическихъ нормъ, черезъ посредство которыхъ государство осуществляетъ свою карательную систему [2]). Процессъ, разсматриваемый въ своемъ юридическомъ содержаніи, есть не что иное, какъ работа, совершаемая органами власти судебной, въ цѣляхъ предоставленія въ постановкѣ судебнаго рѣшенія торжества правовымъ нормамъ, объемлющимъ извѣстный конкретный случай. По своей внутренней дѣятельности, сущность процессуальной работы распадается на двѣ категоріи. Въ одной лежатъ способы и средства, употребляемые для установленія объективно существовавшаго событія во всей цѣлокупности вызванныхъ имъ послѣдствій и результатовъ, съ другой стороны, находятся исключительно логическія операціи, при помощи которыхъ конкретный фактъ вставляется въ рамку опредѣленной нормы права. Усилія науки должны быть направлены и направляются къ тому, чтобы эти формы исканій истинности существованія прошедшаго факта были объемлемы исключительно законами логики, давая достовѣрность событія, независимо отъ воззрѣній времени и мѣста [3]). Такимъ образомъ, процессуальная дѣятельность вступаетъ въ органическую взаимность съ задачами права вообще,—поддержанія установившагося равновѣсія человѣческихъ отношеній, но поддержанія таковыхъ, исключительно при помощи юридическихъ способовъ, опредѣляющихъ достигаемыя ими цѣли. Монтескьё говоритъ [4]): «Если вы взглянете на судейскія формальности съ точки зрѣнія тѣхъ затрудненій, которыя встрѣчаетъ въ нихъ гражданинъ, добывающій возвращеніе своего добра, или получающій удовлетвореніе за нанесенную ему обиду, то вы, конечно, поймете, что ихъ слишкомъ много. Если вы взглянете на тѣ отношенія, въ которыхъ эти формальности стоятъ къ свободѣ и безопасности гражданъ, то вы нерѣдко найдете, что ихъ слишкомъ мало и увидите, что всѣ эти затрудненія, издержки, проволочки и самыя ошибки правосудія составляютъ ту цѣну, которой каждый гражданинъ оплачиваетъ свою свободу» [5]). Процессуальное право, разсматриваемое съ его внѣшней стороны, даетъ намъ совокупность правилъ наиболѣе выгоднаго способа дѣйствій положительнаго законодательства въ отношеніи къ изысканію юридической истины. Это налагаетъ весьма существенныя ограниченія на работу изслѣдователя, ибо вводитъ уже упомянутый нами факторъ соціальныхъ отношеній и вліяній государственнаго права, которыя сильнѣйшимъ образомъ вліяютъ на процессуальныя средства, находящіяся въ рукахъ изслѣдователя. Уголовный процессъ получаетъ вслѣдствіе этого въ юридическихъ принципахъ какъ бы спеціальное сжатіе, сокращеніе объема, сужая границы анализа, господствуя надъ выборомъ доказательствъ, вводя юридическія заставы въ безпредѣльность логическихъ путей, форму уравнивая съ содержаніемъ, подчиняя матеріальную истину абстракціямъ публично-правового абсолюта [6]). Приспособляя функціи общественнаго организма къ достиженію политическихъ и этическихъ цѣлей, государственная власть налагаетъ свою руку на все, что противорѣчитъ въ процессѣ началамъ политической цѣлесообразности, и въ то же время подчиняется господствующему надъ нею этическому началу соціальной стороны общества, стремясь устанавливать нейтральность суда въ дѣлѣ изысканія истины, какъ основанія правомѣрной жизни всего организма [7]). Коль скоро процессъ сближается съ

---

[1]) Faustine Hélie.

[2]) Тальбергъ, стр. 1-я.

[3]) Объ этомъ Глязеръ, стр. 11 и слѣд.

[4]) «Изслѣдованіе и познаніе истинъ служитъ средствомъ осуществленія права. Но изслѣдованіе должно быть подчинено юридическимъ правиламъ», говоритъ по этому поводу Глязеръ (тоже, стр. 12).

[5]) «Духъ законовъ», стр. 79, 1900 г.

[6]) Объ этомъ Глязеръ—то же соч., стр. 31 и Стифенъ—Уголовное судопроиз. вообще и Англ. въ особен. 1866 г., стр. 2.

[7]) Объ этомъ у Люблинскаго—Свобода личн. въ угол. процессѣ, стр. 6, 1906 года.

этическими началами съ одной стороны, а съ другой—проникается интересами публичнаго права, весьма важно для насъ опредѣлить его цѣли. «Процессъ устанавливается прежде всего для безопасности честныхъ людей, ибо если бы существовала увѣренность, что всякій обвиняемый есть виновный, то были бы безполезны и неразумны такія постановленія, которыя имѣютъ цѣлью защиту невинныхъ и избавляютъ отъ напраснаго страха каждаго честнаго человѣка [1] [2]). Итакъ, вотъ въ чемъ видитъ Каррара цѣли нашей науки, совершенно сближая ее съ цѣлями государственнаго права, которое, въ общемъ своемъ содержаніи, несомнѣнно проникнуто тѣми же началами. Указанія на громадную роль процесса въ экономикѣ государственной и общественной жизни несомнѣнно весьма основательны. Въ этомъ отношеніи великолѣпныя слова Эли, которыя я привожу ниже, имѣютъ глубокую справедливость и правильно подчеркиваютъ значеніе процесса для соціальнаго обихода. Несомнѣнно, что наши планы на будущее и расчеты въ настоящемъ, наши практическія дѣла и философскія умозрѣнія, работа и покой, спокойная уравновѣшенность, или лихорадочная пугливость, во многомъ зависятъ отъ тѣхъ или иныхъ основаній процесса. Трудно воздержаться, чтобы не повторить, вмѣстѣ съ знаменитымъ процессуалистомъ, слѣдующія слова [3]): «Enfin si elle emprunte à la philosophie la théorie de ses preuves et ses loi de la certitude morale, toutes ses institutions, toutes ses formes, toutes les attributions [4]) dont elle investit les magistrats appartiennent surtout au droit public; se là véritable source dont elle émane, la loi qui domine son cours et le dirige».

Но все же это не цѣли процесса, а опредѣленіе его значительности и важности его вліянія на ходъ единоличной судьбы и общественной цѣлестремительности, значенія для поддержанія общественнаго равновѣсія и укрѣпленія положенія индивидуума. На самомъ дѣлѣ, это не болѣе, какъ славословіе процессу, безъ точнаго обозначенія его цѣлей, которыя онъ, какъ дисциплина соціологическая, заключаетъ въ самомъ своемъ существѣ. Цѣли процесса лежатъ тамъ же, гдѣ и цѣли права вообще, т. е. въ гарантіяхъ соціальной справедливости, безъ которыхъ немыслимы самыя зачаточныя формы общежитія [5] [6]). Для того, чтобы имѣть возможность указывать на цѣли процесса, намъ необходимо, замѣняя всѣ обыденныя, конкретныя представленія, наполнить ихъ иными понятіями. Для этой цѣли, важно установить точныя границы тѣхъ конкретныхъ представленій, которыя вызываетъ понятіе суда въ умахъ лицъ, обращающихся къ изученію его функцій, ибо каждое понятіе можетъ замѣнять только группу представленій, съ которыми оно можетъ быть мыслимо въ логической связи. Понятіе этики, напримѣръ, связано исключительно съ конкретнымъ представленіемъ о добрыхъ и злыхъ поступкахъ, понятіе пространства—съ опредѣленными формами міра и т. д. Итакъ, мы должны, пользуясь научнымъ методомъ обобщеній, подставить въ конкретныя представленія судебной дѣятельности общія понятія, ихъ охватывающія и абстрагирующія. Такимъ образомъ, двигаясь отъ признаковъ къ цѣлому, отъ обособленныхъ деталей къ обобщеннымъ формуламъ, необходимо опредѣлить общія цѣли процесса. Понятіе процесса должно включать въ себя еще тѣ нормативные признаки, которыми оно отличается отъ цикла понятій

---

[1]) Karrara—Genesi del diritto penale, 1893, p. 583.

[2]) Cournot, p. 274 t. II и 347—349.

[3]) «Законы процессуальные, напротивъ, совершенно необходимы публичной свободѣ; ихъ формальности имѣютъ назначеніе покровительствовать правамъ гражданъ, ихъ предохранять отъ всѣхъ злоупотребленій власти; имъ свойственна та же важность, что и законамъ политическимъ, и эта значительность непосредственна, ибо процессъ покровительствуетъ или угрожаетъ непрестанно благамъ самымъ драгоцѣннымъ—чести, жизни, безопасности человѣческой». Цит. соч., p. 7, № 6.

[4]) Цит. соч., t. I, p. 7.

[5]) L. Stein—Gegenvart. S. 94 и 93.

[6]) Іерингъ—Духъ римскаго права, стр. 180.

о правѣ вообще, но оно должно также связываться съ этимъ послѣднимъ, находясь относительно него въ томъ же положеніи, какъ видъ къ роду. Я говорилъ уже, что содержаніемъ процесса являются методы и формы нашей дѣятельности, для изысканія фактовъ прошедшаго порядка, имѣющихъ какое-либо отношеніе къ юридической сферѣ жизни общества или индивида. Разсматриваемое въ этомъ своемъ содержаніи процессуальное право даетъ намъ понятіе формъ юридической дѣятельности, объемлющихъ тѣ средства и пути, какими въ организованныхъ общежитіяхъ пользуются для примѣненія нормъ уголовнаго права къ виновнымъ [1]). Съ другой стороны понятіе процесса въ свою очередь является соподчиненнымъ, какъ видовое въ отношеніи къ родовому понятію, права вообще, почему и способы и средства дѣятельности процессуальной должны носить характеръ правовыхъ. Если мы станемъ вмѣстѣ съ Эльцбахеромъ [2]) опредѣлять право какъ совокупность покоющихся на волѣ нормъ желаемаго людьми поведенія, которыя они стремятся распространить въ своей соціальной средѣ, то отсюда же мы сможемъ построить и цѣли, которымъ служитъ право. Опредѣляя право какъ дѣятельную справедливость, покоящуюся на чувствѣ особности индивида и его цѣлей и на эгоистическомъ самоудовлетвореніи личности, распространяющей сферу своихъ чаяній на всю окружающую среду [3]),—мы должны будемъ подчиняться всѣмъ выводамъ, идущимъ изъ такой посылки. Если, говоря словами Прудона, «справедливость не является созданіемъ закона, напротивъ того, законъ есть всего только распространеніе и примѣненіе справедливости» [4]), то цѣли справедливости несомнѣнно будутъ опредѣлены, и будутъ заключаться въ удовлетвореніи чувства эгоистической независимости личности, въ сферѣ ей принадлежащихъ интересовъ. **Если это такъ, то и процессъ, какъ видъ права, долженъ служить интересамъ личности, или представителю ея—государству, и цѣлью его будетъ удовлетвореніе, съ наибольшей полнотой притязаній личности, на возстановленіе нарушеннаго равновѣсія ея интересовъ [5]). Путемъ къ этому служитъ установленіе фактической обстановки изслѣдуемаго событія во всей ея полнотѣ и поставленіе государства въ возможность реагировать опредѣленнымъ образомъ на дѣятельность нарушителя.** Уголовный процессъ имѣетъ двѣ цѣли: 1) изслѣдованіе прошедшаго факта, 2) примѣненіе опредѣленнаго въ законѣ наказанія. Первая цѣль есть организація принциповъ, оказывающихъ коренное вліяніе на судоустройство и на судопроизводство [6]). Чрезвычайно талантливо опредѣляетъ взаимныя отношенія права, суда и справедливости, нашъ соціологъ Стронинъ. «Продуктъ законодательства есть право; продуктъ суда—справедливость; продуктъ администраціи—правда. Право есть теоретическое представительство того, что должно быть; правда есть практическое осуществленіе того, что должно быть». Другими словами, право есть идеализированный, абстрактный факторъ жизни, правда есть реализованное право, и справедливость есть образное наглядное представленіе права и

---

[1]) «Судопроизводствомъ, вообще, называется та часть положительнаго права, которая опредѣляетъ порядокъ примѣненія общихъ постановленій закона къ отдѣльнымъ случаямъ, встрѣчаемымъ въ общежитіи. Уголовное судопроизводство есть часть положительнаго уголовнаго права, опредѣляющая способы, посредствомъ которыя частныя лица могутъ быть подвергнуты наказанію за совершенное дѣяніе, запрещенное закономъ» (Стифенъ—Угол. судопроизв. вообще и Англіи въ особ., 1866 г., стр. 2. Петербургъ).

[2]) Анархизмъ, 1907 г., стр. 25—28.

[3]) Объ этомъ Эльцбахеръ—Анархизмъ, 1907 г., стр. 22 и слѣд. и Вильсонъ—Государство 1905 г., стр. 524, § 1415. Петербургъ.

[4]) De la justice dans la revolution et dans l'eglise, nouveau principes de philosophie pratique 1868, t. I, p. 155 и слѣд., гдѣ авторъ указываетъ на совпаденіе права съ чувствомъ личной обособленности.

[5]) Меркель—Юрид. энциклопедія §§ 8, 9, 24, 25, 33, 35, 36. О томъ же Штейнъ въ Gegenvart und Zukunft u. s. v. 93 и слѣд.

[6]) Владиміровъ, стр. 92. Судъ присяжн., 1871 г.

правды. Сумма же всѣхъ этихъ продуктовъ есть то, что можно назвать культурой [1]). Прежде чѣмъ закончить эти необходимыя, вводныя разсужденія, скажу еще нѣсколько словъ о методѣ, которымъ надѣюсь воспользоваться при изученіи предстоящихъ вопросовъ. Избирая темой основныя начала процесса, я тѣмъ самымъ опредѣленно связалъ свою мысль необходимостью изыскать тѣ основанія суда, безъ которыхъ самое появленіе его было бы немыслимо въ области соціальныхъ отношеній, отсутствіе каковыхъ исключало бы всякую возможность разсуждать о правосудіи, удаляя изъ состава органовъ государственной власти—власть судебную. Неоднократно раздававшіеся по адресу права вообще упреки въ большой степени справедливы и въ отношеніи уголовнаго судопроизводства, которое, во многихъ случаяхъ разбрасываясь въ морѣ мелочей, безднѣ точнѣйшихъ опредѣленій и формальностей, еще часто напоминаетъ намъ схоластическое богословіе среднихъ вѣковъ, съ его туманной неопредѣленностью исходныхъ началъ и узорно прозрачнымъ кружевомъ казуистическихъ разсужденій. Насъ обвиняютъ въ томъ, что темпераментъ, обычай, чувство общественности, политическое credo, государственный расчетъ, соціологическій инстинктъ и умственная отвлеченность вліяютъ на построеніе той или иной системы, на извлеченіе тѣхъ или иныхъ выводовъ изъ общихъ всѣмъ предпосылокъ. Въ законодательствахъ различныхъ странъ, въ укладѣ жизни разныхъ народовъ, мы находимъ еще до сихъ поръ бездну несходствъ въ выраженіи, повидимому, общихъ идей, въ движеніи на встрѣчу, повидимому, общепризнаннымъ идеаламъ, и эти упреки исходятъ не только изъ области точныхъ умственныхъ дисциплинъ, какъ напримѣръ естествознаніе, или математика,—этотъ фактъ констатируютъ сами юристы. Послушаемъ слова одного изъ замѣчательнѣйшихъ процессуалистовъ 19-го вѣка: «Въ уголовномъ судопроизводствѣ преимущественно выражается истина, что въ основѣ законодательства и практики всѣхъ странъ и во всѣ времена лежали одинаковыя идеи, но проявлялись различно, смотря по характеру политическаго, соціальнаго и нравственнаго его состоянія [2]) [3]).

Если эти слова не вполнѣ правильны, то общая мысль схвачена вѣрно, перспектива начерчена правильно, картинѣ нельзя отказать ни въ законченности, ни въ смѣлой рѣшимости говорить правду до конца. Въ дальнѣйшемъ изложеніи я постараюсь, касаясь важнѣйшихъ принциповъ правосудія, ввести въ обоснованіе своихъ выводовъ тѣ именно незыблемые элементы законовъ соціальныхъ и психическихъ, начала публичности и вліянія гражданственности, которыя, выражаясь въ инстинктѣ и чувствѣ логи-

---

[1]) «Если цивилизація болѣе всего относится къ дѣятельности интелигенціи, то культура не можетъ относиться ни къ чему кромѣ дѣятельности правительственной, какъ воздѣлывающей продукты интелигенціи и приспособляющей ихъ къ потребностямъ дѣйствительной жизни. Изъ всѣхъ частей культуры самая центральная есть та, которая составляетъ послѣдствія самаго центр. изъ органовъ правительства (суда) и самой центральной, изъ правительственныхъ функцій (правосудія), т. е. справедливости. Ни одинъ, можетъ быть, предметъ не является столь спорнымъ и затемненнымъ, какъ справедливость. (Политика какъ наука, 1872 г., стр. 272—273). Нѣтъ никакой другой справедливости, какъ согласованной съ правомъ».

[2]) Во Франціи, Англіи, Америкѣ, Италіи и Германіи уголовное судопроизводство основано на устности, гласности и обвинительномъ началѣ, но въ частности въ духѣ, которымъ проникнуто ихъ юридическое примѣненіе, находится столь существенное различіе, что тотъ, кому пришлось бы присутствовать при англійскомъ, нѣмецкомъ, французскомъ процессахъ, едва ли бы повѣрилъ, что судопроизводство всѣхъ этихъ странъ построено на одинаковыхъ основаніяхъ (Миттермайеръ—Закон. и юрид. практика въ новѣйш. ихъ развитіи въ отношеніи къ угол. судопроизв. 1864 г. стр.V. Объ этомъ же Владиміровъ—Цит. соч., стр. 92. Стифенъ—Угол. судопр. вообще и Англ. въ особен., 1866 г., стр. 2 и т. д.).

[3]) Но, быть можетъ, самую жестокую и блестящую критику далъ Стронинъ: философія права пала и пала, повидимому, окончательно, п. ч. совершенно заслужено, а что называетъ себя науками права измельчено до такой степени, поглощено вопросами столь мало научными и рѣшаетъ ихъ такъ технически, что становится непонятнымъ, почему именно законовѣдѣніе, несмотря на всѣ запасы матеріала, относится къ нему до сихъ поръ такъ ненаучно, обнаруживаетъ духъ наблюдательности такъ тупо и попытокъ обобщенія не представляетъ почти никакихъ» (Стронинъ—Исторія и методъ, стр. 5 и 63 и слѣд.).

ческой принудительности и борьбѣ личности за свое я, оказывались бы въ той постоянной связи и неизбѣжной послѣдовательности, какую мы видимъ въ процессахъ всѣхъ космическихъ явленій. Моей задачей будетъ, устанавливая извѣстные принципы правосудія, вводить ихъ въ курсъ всего развитія общества, ибо, если право, истекая изъ природы общества и взаимоотношеній частныхъ интересовъ, относится къ системѣ соціальныхъ наукъ, то и обоснованіе ему придется давать, пользуясь тѣми многоразличными средствами и способами, какіе примѣняютъ въ наше время соціально-логическія дисциплины. Задача, о которой говоритъ Стронинъ, громадна и непосильна для одного человѣка,—я и не берусь за полное ея разрѣшеніе, моя цѣль много скромнѣе—намѣтить лишь общіе пути, показать лишь абрисы того величественнаго хода научной мысли, которая рано или поздно свяжетъ всѣ вѣтви юридическихъ дисциплинъ въ одно строго научное понятіе права и его отдѣльныхъ выраженій, поставивъ ихъ въ рядъ незыблемыхъ законовъ соціальной эволюціи, подъ режимомъ которыхъ живетъ человѣкъ. Глубокія обобщенія Тарда въ «Философіи уголовнаго права» показываютъ намъ путь, по которому необходимо слѣдовать, устанавливаютъ методъ, какимъ нужно руководиться. Необходимо указать, почему извѣстныя начала суда всегда оказывались столь незыблемыми, что, послѣ вѣковыхъ колебаній и уклоненій, человѣчество снова неизмѣнно къ нимъ возвращалось, необходимо отмѣтить тѣ причины, которыя могущественно вліяли на ходъ процессуальныхъ измѣненій въ связи съ формами государственной жизни, обосновывая ихъ въ самомъ принципѣ ихъ существованія. Чѣмъ объясняется все растущая гуманность нашего суда, которая черезъ вѣка прокладывала свою дорогу отъ постановленій древняго еврея—«не ходи доносчикомъ передъ лицомъ народа твоего», къ нашему условному осужденію и римскому favor defensionis. Однимъ словомъ, на каждое почему, связанное съ основнымъ началомъ суда, мы должны отвѣтить—потому что. Если мы укажемъ на неизмѣнныя послѣдствія, связанныя съ введеніемъ тѣхъ или иныхъ началъ въ судопроизводствѣ, если въ результатѣ опыта и наблюденія, логики и обобщеній, работы изслѣдователя и выдержки наблюдателя, мы сможемъ получить, наконецъ, ту степень провидѣнія, которая свяжетъ отдаленнѣйшія послѣдствія вводимаго правила на ходъ преступленій въ обществѣ, на ростъ преступности и видоизмѣненій каръ, тогда идеалъ нашей науки будетъ достижимъ, тогда только процессуалистъ скажетъ вмѣстѣ съ Фаустомъ «остановись мгновенье, ты прекрасно». Нечего говорить, какъ далека отъ насъ эта цѣль. Будемъ же работать во имя ея грядущаго торжества, которое несомнѣнно. Такая постановка метода процесса не обречена на безнадежность уже потому, что въ основаніи его дѣятельности лежитъ человѣкъ, въ его общественныхъ и политическихъ отношеніяхъ, съ его свойствомъ общежительнаго животнаго, съ его политическимъ бытомъ, строемъ переживаній, импульсами вѣрованій. Общество, въ его цѣломъ, состоитъ изъ группировки частныхъ стремленій, вліяющихъ на постановку каждаго вопроса политики или права, искусства или промышленности, этики, или правовой доктрины. Объ этомъ чрезвычайно интересно разсужденіе у Сервана [1]) [2]). Впрочемъ эта закономѣрность человѣческихъ дѣйствій, подъ вліяніемъ внѣшнихъ раздраженій, была замѣчена задолго до обоснованія экспериментальной психологіи Оуеномъ [3]). Въ

---

[1]) въ Oeuvres diverses de M. Servan ancien avocat général au parlament de Grenoble (t. I Zyon, p. 25—27).

[2]) «Исходя изъ чисто практическаго наблюденія всѣмъ доступныхъ фактовъ соціальной жизни, мы вносимъ впечатлѣніе опредѣленныхъ, всегда одинаковыхъ реакцій человѣческаго существа, на дѣйствующіе на него стимулы, вслѣдствіе чего, получается даже возможность предсказать заранѣе, какъ отзовется человѣкъ на дѣйствіе извѣстнаго рода, направленное на его физико-психическое существованіе. (Вундтъ—введеніе въ философію, перев. Львова 1904 г., стр. 238).

[3]) Въ знаменитомъ «Введеніи къ книгѣ новаго нравственнаго міра», онъ писалъ: «Есть пять непреложныхъ истинъ, которыя должны быть извѣстны каждому, кто желаетъ говорить о человѣкѣ; эти истины

то же время сцѣпленіе отдѣльныхъ индивидовъ идеями подражанія и новшества, какъ опилокъ на полюсахъ магнита, заставляетъ располагаться ихъ опредѣленной формой, лучеобразной, малосвязанной на концахъ и плотно скованной у центра. Вліяніе волевыхъ энергій солидарнаго характера, побуды морали, такъ же какъ инстинкты борьбы, увлекаютъ людей въ общемъ потокѣ общественной работы, въ которой соціальные факторы преобладаютъ надъ біологическими и психическими. Отвѣтственность основывается на сходствѣ людей между собой и на устойчивости личнаго тождества. Правильные ряды статистики какъ разъ свидѣтельствуютъ о физическомъ, органическомъ и соціальномъ подобіи индивидовъ, составляющихъ расу и классъ [1]). Отсюда, руководствуясь этими установленными началами постоянства и зависимости человѣческихъ отношеній и дѣйствій, мы можемъ установить основы, вліящія на характерные для каждаго дѣйствія способы отправленія правосудія и примѣненія кары, какія составляютъ сущность процесса. По самой природѣ соціальныхъ учрежденій у насъ всегда возникаетъ вопросъ, почему они существуютъ. Отвѣтъ на этотъ вопросъ должны дать намъ не историческое познаніе, а принципы ихъ дѣятельности. Какимъ бы образомъ ни возникали учрежденія, они должны, для того, чтобы продолжать существовать, представляться сознанію каждаго послѣдующаго поколѣнія разумно обоснованными [2]). Роль человѣка въ обществѣ такъ же естественна, какъ самая его личность, такъ же неизбывна, какъ ея выраженіе въ мірѣ внѣшней дѣятельности, такъ же законна, какъ компликація причинно-слѣдственныхъ отношеній [3]). Обращаясь такимъ образомъ отъ общественности человѣка, признанной постулатомъ соціологіи еще со временъ Аристотеля, мы натолкнемся на существованіе его соціальныхъ привычекъ и, если можно такъ выразиться, на его обобществленную способность міропониманія. Какъ только мы станемъ рѣшать, какія начала современнаго процесса являются, по отношенію къ нему, организующими, какія положенія обобщеній и опыта должны быть положены въ основу процессуальной дисциплины, сейчасъ же натолкнемся на человѣка, какъ зоологическій типъ въ общественномъ цѣломъ.

Въ дѣйствительности же, подходя къ рѣшенію этого жизненнаго нерва всего ученія процесса, мы встрѣчаемъ чрезвычайно странное явленіе. Основныя начала внезапно появляются изъ глубины мыслей изслѣдователя, какъ Афина изъ головы Зевса, уже во всеоружіи, но еслибъ понадобилось точно обосновать самый процессъ и порядокъ рожденія, намъ пришлось бы ограничиться общимъ утвержденіемъ—такъ было. Въ самомъ дѣлѣ, общепризнанное теперь въ наукѣ существованіе извѣстныхъ коренныхъ началъ, однако же, очень неопредѣленно при ближайшемъ анализѣ, и многіе ученые перечисляютъ совершенно различныя институціи процессуальнаго права, взятыя нерѣдко изъ самыхъ различныхъ областей. Они не указываютъ часто совершенно, почему взяты именно эти, а не другіе принципы и какая основная идея руководила ими въ выборѣ изъ общаго цикла судопроизводственныхъ понятій тѣхъ, на которыхъ они остановились. Намъ не придется идти далеко за доказательствами этого рода. Сюэссъ напримѣръ, безъ дальнихъ разсужденій, опредѣляетъ основы процесса такимъ образомъ: «въ Австріи процессуальныя основы для всѣхъ судовъ, въ главномъ судопроизводствѣ, одинаковы. Это—устность, гласность, непосредственность.... [4])». Миттермайеръ—въ

слѣдующія: 1) человѣкъ есть не простое, а сложное существо, характеръ коего опредѣляется отчасти прирожденными способностями, отчасти дѣйствіемъ внѣшнихъ вліяній, которымъ онъ подвергается отъ своего рожденія до смерти и т. д.».

[1]) Тардъ—Преступникъ и преступленіе, 1906 г., стр. 130 и слѣд. Москва.

[2]) Іеллинекъ—объ этомъ см. Право соврем. госуд., 1903 г., стр. 115. Петербургъ.

[3]) «Общество есть результатъ общихъ привычекъ, это форма эволюціи, прогрессивная композиція отношеній тѣснаго круга, нѣчто сплоченное, живое и органическое, структура, а не конструкція (Вильсонъ—цит. соч. стр. 513 § 1392).

[4]) Стр. 349.

законод. и юридич. практикѣ относитъ къ нимъ: 1) порядокъ допросовъ, 2) положеніе судьи, 3) положеніе обвиняемаго до осужденія и 4) защиту» [1]). Профессоръ Случевскій опредѣляетъ ихъ какъ проникающіе всѣ моменты движенія процесса, сравнивая ихъ съ ролью маяковъ, освѣщающихъ путь судьѣ [2]), и относитъ къ нимъ: 1) презумпцію невиновности, 2) исключительное право защиты, 3) необходимость разрѣшенія предъявляемыхъ суду обвиненій уголовнымъ приговоромъ, 4) начала внутренняго убѣжденія [3]). Кромѣ того, онъ относитъ сюда устность, непосредственность, равенство сторонъ, состязательность, гласность и независимость судьи. Квачевскій [4]) относитъ къ нимъ: 1) самостоятельность судей, 2) несмѣняемость, 3) устройство суда присяжныхъ, причемъ смѣшиваетъ существованіе суда присяжныхъ и теорію формальныхъ доказательствъ, полагая, что лишь имъ доступенъ судъ по внутреннему убѣжденію, 4) сокращенный порядокъ суда для мелкихъ преступленій, 5) отдѣленіе власти судебной отъ обвинительной, 6) отдѣленіе розыска отъ слѣдствія, 7) отдѣленіе началъ уголовнаго и обвинительнаго отъ слѣдственнаго, 8) дѣленіе слѣдствія на предварительное и судебное, 9) публичность и гласность, необходимыхъ правосудію «какъ свѣтъ и воздухъ», 10) равенство сторонъ [5]). «Таковы, говоритъ онъ, главныя основанія, на которыхъ зиждется устройство уголовной юстиціи и порядокъ ея дѣйствія. Это краеугольные камни, на которыхъ укрѣплено и покоится все зданіе уголовнаго правосудія». Глязеръ считаетъ таковыми: 1) твердо и положительно опредѣленное, кто дѣйствуетъ какъ судья, кто принимаетъ на себя обязанности сторонъ; 2) предметъ рѣчи долженъ быть точно ограниченъ, иниціатива отступленія должна принадлежать сторонамъ; 3) должны быть предоставлены всѣ средства въ пользу признанія интереса сторонъ и полная освѣдомленность обо всемъ, что можетъ ихъ интересамъ повредить (гласность сторонъ); 4) необходимо твердо опредѣлить отношенія между судомъ и сторонами; 5) судья долженъ основывать свое рѣшеніе исключительно на томъ, что будетъ предложено на его разсмотрѣніе; 6) должны быть правила о доказательствахъ; 7) начало законной силы рѣшенія [6]). Говоря вообще, этотъ ученый даетъ общее опредѣленіе основныхъ принциповъ, какъ тѣхъ, которые опредѣляютъ форму процесса и вытекающаго отсюда свободнаго пользованія для изслѣдованія истины, всѣми пригодными для этого средствами и, затѣмъ, къ этому прибавляетъ: 1) выдѣленіе обвинительной функціи, 2) состязательное начало, 3) гласность сторонъ, 4) свободная оцѣнка доказательствъ, 5) непосредственность и устность, 6) прочная форма процесса. 7) равенство сторонъ и favor defensions [7]) еще далѣе авторъ снова, словно недовольный неполнотой своихъ выводовъ, прибавляетъ новыя основныя свойства: 1) устраненіе произвола со стороны судьи, 2) постоянство судовъ и запрещеніе судовъ ad hoc, 3) твердыя основанія компентенціи и подсудности, 4) предупрежденіе опасности отъ личныхъ качествъ судей, отсюда коллегіальный составъ суда и смѣшеніе судей съ народнымъ элементомъ, 5) свобода защиты, 6) охрана личности и ея свободы (тутъ главное вліяніе государственнаго права, тайны корреспонденціи, обезпеченіе отъ обысковъ и арестовъ), 7) введеніе способовъ обжалованія, 8) опредѣленное рѣшеніе вопроса о виновности или невиновности, 9) охрана свидѣтелей и свѣдущихъ лицъ въ ихъ правахъ, 10) подчиненіе судовъ контролю и отвѣтственности, 11) публичность, 12) предоставленіе гражданамъ

---

[1]) Стр. 228.
[2]) Учебн., стр. 44.
[3]) Стр. 183.
[4]) Объ угол. преслѣд., 1867 г., стр. 11—12.
[5]) Цит. соч., стр. 15.
[6]) Глязеръ—Руков., стр. 15 и 16.
[7]) Id., стр. 35.

участвовать въ замѣщеніи судовъ [1]). Духовской къ основнымъ принципамъ относитъ: 1) отдѣленіе обвинительной власти отъ судебной, 2) подсудимый на судебномъ слѣдствіи не объектъ, а сторона, 3) гласность сторонъ, 4) состязательность сторонъ [2]). Названныхъ примѣровъ вполнѣ достаточно, чтобы подтвердить мои слова и установить несогласованность опредѣленій самыхъ выдающихся юристовъ, чрезвычайное разнообразіе основныхъ принциповъ процесса, приводимыхъ ими, и почти полное отсутствіе всякихъ объясненій. Почему одни принципы, таковы напримѣръ гласность, состязательность, презумпція невиновности, объясняются ими подробно, хотя главнымъ образомъ и съ внѣшней стороны, другіе напротивъ, покидаются на тѣхъ страницахъ, откуда я ихъ беру, чтобы дальше на всемъ протяженіи изслѣдованій къ нимъ не возвращаться. Почему, напримѣръ, у Квачевскаго сокращенный порядокъ суда для мелкихъ преступленій стоитъ въ числѣ главныхъ принциповъ, «краеугольныхъ камней», какъ его называетъ авторъ, почему судъ присяжныхъ одинъ согласуется съ рѣшеніемъ дѣлъ по внутреннему убѣжденію и что общаго у нихъ и гласности, необходимой «какъ свѣтъ и воздухъ», или у розыска, отдѣленнаго отъ слѣдствія съ равенствомъ сторонъ? Отвѣтовъ на это мы станемъ искать тщетно, ибо авторъ не имѣетъ опредѣленнаго метода, установленнаго масштаба, которымъ онъ измѣрялъ бы всѣ выводы, возникающіе при ближайшемъ примѣненіи частныхъ положеній къ общей доктринѣ. Или, напримѣръ, у Глязера, почему знаменитый процессуалистъ вводитъ въ число основныхъ принциповъ необходимость предоставленія сторонамъ прекращенія дѣла и иниціативы отказа отъ преслѣдованія. Не потому ли, что какъ разъ ни одно законодательство, въ томъ числѣ и Австрійское, не проводитъ этого взгляда послѣдовательно, за исключеніемъ Англіи, да и тамъ встрѣчаются отступленія. Что такое эти правила о доказательствахъ, которымъ также отводится почетное мѣсто въ фундаментальныхъ признакахъ нормальнаго процесса. Не тѣ ли это правила, какія даже въ Англіи не представляютъ, не даютъ сколько-нибудь законченной схемы, въ которую бы обязательно входилъ каждый фактъ жизни, какъ это бываетъ съ любымъ научнымъ закономъ, и наконецъ не потому ли, что весь континентъ не знаетъ въ догмѣ опредѣленій о доказательствахъ. Нечего и говорить, какъ мало приведенные мною примѣры согласованы съ чрезвычайно мѣткимъ опредѣленіемъ принциповъ процесса, которыя самъ Глязеръ даетъ нѣсколькими страницами позже, какъ тѣхъ, которыя опредѣляютъ его формы. И наконецъ, я снова настойчиво повторяю вопросъ, что же связываетъ всю эту кучу положеній, общая связь у которыхъ только нумера, къ которымъ онъ и самъ далѣе не возвращается для подробнаго ихъ обоснованія, съ приводимыми имъ впослѣдствіи состязательностью, гласностью, свободной оцѣнкой доказательствъ (тутъ уже явное противорѣчіе) прочной формой и презумпціей невиновности. И опять отвѣта мы не найдемъ и не найдемъ потому, что методъ изслѣдованія непослѣдовательно примѣненъ, что методы соціальныхъ наукъ и юридическій, взаимно смѣшиваясь между собою, часто интерферируютъ одинъ другого. При изслѣдованіи юридическихъ дисциплинъ, необходимо строго различать тѣ методы, какими приходится руководствоваться, анализуя при помощи ихъ систему этого рода человѣческихъ знаній. Въ отношеніяхъ общественнаго характера, при изслѣдованіи связи общества съ такимъ установленіемъ, какъ судъ, опредѣленіи ихъ задачъ, свойствъ, особенностей путей, по которымъ начала общества проникаютъ въ судопроизводство, а формы процессуальныя организуютъ сознаніе общественное, методъ соціологическій неизбѣженъ. Но если мы будемъ касаться догматически правовой постановки процессуальныхъ нормъ, то намъ конечно необходима абстрактная изоляція опредѣленнаго цикла конкретныхъ явленій

---

[1]) id., стр. 38—40.

[2]) Русск. уголовн. процес., 1902 г.

со сведеніемъ ихъ къ общимъ понятіямъ права и систематизаціи по обширнымъ рубрикамъ, опредѣляющимъ различные виды юридическихъ отношеній, объемлющихъ уголовно матеріальное, административное, публичное и другіе роды правъ [1]). «Какъ все человѣческое, государство можетъ быть основательно понято только изъ проявляющейся въ общеніи природы человѣка во всей ея полнотѣ [2]) [3])». Затѣмъ нельзя не обратить самаго существеннаго вниманія на ближайшую связь процесса и права вообще съ этикой—основаніемъ общественной жизни. И право, и государство—продуктъ права, не мыслимы безъ ближайшаго обоснованія ихъ этическими нормами и они, въ ближайшемъ выраженіи своей сущности, есть не что иное, какъ овеществленныя этическія нормы въ области общественныхъ отношеній. На связанности всѣхъ стремленій современнаго государства этическими принципами построены въ настоящее время системы конституціоннаго устройства, экономическія начала распредѣленія, условія воинской повинности, словомъ всѣ формы и всѣ проявленія, всѣ видимыя сущности и идеальныя истины практики, пріемы и логическое содержаніе политики и экономіи, войны и свободы, независимости и культуры современнаго государства [4]) [5]). И такъ, вотъ причины неустойчивости въ отношеніи опредѣленія основныхъ принциповъ процесса. Вводя все время соціологическую конструкцію доказательствъ, вышеупомянутые ученые, тѣмъ не менѣе, не выставили ни одного основного положенія, изъ котораго съ неизбѣжностью вытекали бы остальныя. Такою основною причиной, которая всегда вызываетъ неизбѣжную реакцію въ конструкціи права процессуальнаго и въ отношеніи къ суду отдѣльныхъ гражданъ и государства, является человѣческая личность. Именно въ наше время, когда произошло опять крупное измѣненіе массовой точки зрѣнія соціологіи на индивидуальную[6]), и наблюдается наибольшее стремленіе къ реформамъ въ области процесса и развитію и уширенію тѣхъ началъ, которыя ставятъ личность въ фокусѣ процессуальныхъ дѣйствій и судопроизводственныхъ отношеній. Въ мірѣ человѣческой дѣятельности мы переходимъ все болѣе, по мѣрѣ развитія цивилизаціи и усложненія культуры, къ фактамъ соціологическаго выдѣленія личности и ея интересовъ, изъ групповыхъ вліяній, поглощающихъ ее цѣликомъ въ моменты необходимой коопераціи жизненныхъ усилій въ борьбѣ за сохраненіе. Эта особенность процесса нашего времени, сводящаяся къ все большему освобожденію личности въ государствѣ и, безпрерывно идущая демократизація вкусовъ и идей, привычекъ и нравовъ, распространеніе культурныхъ обычаевъ—фактъ, наблюденный и обоснованный уже давно французскимъ соціологомъ Тардомъ [7]). Въ то же время, вмѣстѣ съ ростомъ групповой солидарности, наблюдается и выдѣленіе личной особности, вмѣстѣ съ прогрессомъ общественныхъ притязаній—эволюція частныхъ правъ. На ряду съ расширеніемъ круга всеобщей зависимости идетъ углубленіе независимой дѣятельности частной морали. Историческая школа юриспруденціи дала намъ блестящій примѣръ того, какъ различаются между собой юридическая отвѣтствен-

---

[1]) (Объ этомъ у Іеллинека, стр. 47 и слѣд.). Зиммель—Соціальная диференціація, 1898 г., стр. 140—144 и слѣд.

[2]) Іеллинекъ, стр. 59 цит. соч.

[3]) и далѣе по поводу неразрывной связи государственныхъ учрежденій съ обществомъ: „Отсюда же вытекаетъ, что строгое разграниченіе и противопоставленіе государства и общества невозможно (idem, p. 61).

[4]) «Государственныя и соціальныя отношенія зависимости обусловливаются поэтому прежде всего духовными и этическими свойствами господствующихъ и подвластныхъ». (Іеллинекъ, стр. 123).

[5]) Объ этомъ же Паульсенъ—Основы этики, стр. 449 и 450. Зиммель—Соціальная дифференціація, стр. 140 и слѣд. Липсъ—Основн. вопросы этики, стр. 289, 290 и слѣд. и друг.

[6]) Объ этомъ см. Основн. вопросы филос. истор. Карѣева.

[7]) См. его «Преступн. и преступл.». Въ общемъ, огромный общественный организмъ развивается, приспособляя къ себѣ отдѣльные индивидуальные организмы, также какъ послѣдніе приспособляютъ къ себѣ молекулы и внѣшнія силы, стр. 132 и 243.

ность современнаго европейца, основанная на общей пользѣ, съ юридической отвѣтственностью первобытнаго римлянина, основанной на простѣйшемъ желаніи упорядочить непосредственные виды мести [1]). Процессъ міровой жизни безпрерывно въ то же время влечетъ личность къ обогащенію своего внутренняго содержанія, къ развитію формъ мысли и жизни, къ побѣдѣ этической эволюціи надъ космической. Черезъ расширеніе соціальныхъ связей личности онъ обогащаетъ ея содержаніе и дѣлаетъ ее, мало-по-малу, исторической нивою политическаго антропоцентризма, который, какъ «Великій Духъ» Гете, для нее одной создаетъ «всю красу небесъ и всѣ цвѣты земли...» [2]) [3]) Вліянія, которымъ различныя группы, включающія личность, ее подвергаютъ, столь разнообразны, что слѣдствіемъ этого является безпредѣльный ростъ индивидуальныхъ правъ и логическихъ возможностей самостоятельнаго выступленія въ міръ этой послѣдней. Бэнъ писалъ въ «Основ. психолог.»: «Способы чувствованія какъ съ физической, такъ и съ духовной стороны выражаются въ двухъ великихъ законахъ относительности и разсѣянія. Принципъ относительности выражаетъ тотъ фактъ, что для возникновенія чувствованія необходимо, чтобы произошло нѣкоторое измѣненіе въ формахъ или интенсивности мозгового и другихъ процессовъ. Закономъ разсѣянія опредѣляется, смотря по тому, насколько извѣстное впечатлѣніе сопровождается чувствованіями, настолько же возбужденные токи распространяются свободно на мозгъ, приводя въ общее возбужденіе, какъ органы движенія, такъ и внутренніе». Такимъ образомъ, чѣмъ шире была область чувствованій индивида, тѣмъ энергичнѣе совершался процессъ общества, ростъ солидарности, взращивая личность, обогащая индивидуальность, укрѣпляя общество. Эти разсужденія находятъ себѣ обоснованіе въ понятіи прогресса всего естественнаго научнаго міра [4]) [5]) [6]). По Ренувье, прогрессъ состоитъ единственно въ количествѣ свободы, уважаемой и практикуемой въ данномъ обществѣ. Этотъ процессъ состоитъ въ развитіи личности. «Великими факторами общественнаго прогресса являются побѣды, одержанныя въ борьбѣ съ общепринятыми привычками. Эпохи прогресса характеризуются именно ослабленіемъ обычая и солидарности, вслѣдствіе чего разомъ и всѣ естественные инстинкты личностей сразу пріобрѣтаютъ большое вліяніе». Основой прогресса авторъ видитъ справедливость, которая уже потому выше доброты, что обращается къ личности человѣка. Онъ допускаетъ дальше, въ извѣстныхъ категоріяхъ, существованіе явленій, имѣющихъ своей сценой человѣческое сознаніе,—начальныхъ членовъ рядовъ [7]) [8]). Въ историческомъ процессѣ это побѣдное шествіе личности во главѣ всѣхъ усилій современнаго общества и государства, поставившихъ ее въ центръ судопроизводства и судоустройства, сдѣлавшее изъ положенія ея въ процессѣ пробный

---

[1]) Объ этомъ у Гиддингса въ Основ. соціол., 1898 г., стр. 74, 130 и слѣд. также Зиммель—цит. соч., стр. 94.

[2]) Физіономія личности становится тѣмъ болѣе опредѣленной, чѣмъ въ большомъ количествѣ не концентрическихъ круговъ она принимала участіе, говоритъ Зиммель (цит. соч., стр. 164 и слѣд.).

[3]) Duguit t. I, p. 285 и слѣд.

[4]) Основн. начала.

[5]) О справедливости въ революціи и въ церкви 1868 г. Брюссель III, стр. 244 и далѣе.

[6]) По мнѣнію Спенсера, прогрессъ есть интеграція вещества, сопровождаемая разсѣяніемъ движенія, сопутствуемаго переходомъ дѣятельности изъ однородной, неопредѣленной и безсвязной, въ разнородную, опредѣленную и связную, при этомъ сдержанное движеніе претерпѣваетъ сходное превращеніе.

Въ области соціальной, Прудонъ опредѣлялъ его, какъ утвержденіе всеобщаго движенія: прогрессъ то же, что справедливость и свобода, если мы ихъ разсматриваемъ въ ихъ движеніи, во время ихъ дѣйствій на способности, которымъ онѣ подчинены и которыя онѣ измѣняютъ, по мѣрѣ своего поступательнаго движенія.

[7]) «Сознаніе зависитъ отъ чего бы то ни было, только черезъ посредство самого себя и не отъ того, чѣмъ оно было въ каждый предшествующій моментъ, а отъ того какимъ оно дѣлаетъ самого себя въ послѣдній моментъ». Объ этомъ у Мишель—Идея госуд., стр. 537 и слѣд. Петербургъ.

[8]) Marion—De la solidarite morale essai de psychologie applique, 1880, Paris, p. 154—155.

критерій самой возможности его существованія, развилось особенно рѣзко въ величавомъ ходѣ понятія правового государства. Въ области непосредственно правовой, важнѣйшимъ обоснованіемъ устойчиваго равновѣсія соціальныхъ формъ былъ особый абсолютизмъ замкнутаго существованія государства и общества, противъ всякихъ универсальныхъ тенденцій. Понятіе универсальности опредѣленныхъ этическихъ принциповъ еще не существуетъ, самыя великія моральныя системы, самыя блестящія философскія умозрѣнія только утолщаютъ бруствера укрѣпленій націонализма, борющагося съ вліяніями зарубежнаго человѣчества. Однако, нивелирующая сила идей общности человѣческихъ отношеній, политическихъ вліяній, направляетъ ходъ событій въ сторону замѣны механическаго государства древности, организаціонными началами всеобщаго права, за которыя принялся старый Римъ [1]). Однако же здѣсь мы видимъ постепенное развитіе и другого принципа, именно, выдѣленіе личности изъ общества, особи изъ цѣлаго, гражданина изъ государства. Между государствомъ и обществомъ выдѣляется могучій кореллатъ ихъ отношеній—личность, рядомъ съ jus publiqum, jus privatum, рядомъ съ безбрежнымъ произволомъ государственнаго всемогущества, стойко существуетъ единая личность, и при отсутствіи корпорацій, которыя были неизвѣстны древнѣйшему Римскому праву, личность, выступая въ процессѣ одна, противъ всемогущаго государства, сначала измѣняетъ его функціи, а затѣмъ всецѣло подчиняетъ ихъ себѣ [2]). Исторически мы еще увидимъ значеніе личности для созданія тѣхъ или иныхъ формъ судопроизводства, пока же для насъ довольно установить этотъ общій ходъ исторической эволюціи, показавъ, какія послѣдствія вытекаютъ для процесса, при установленіи въ немъ господствующей роли индивидуальности. На это обстоятельство обратилъ вниманіе академикъ Кони, вполнѣ правильно возведя къ измѣненному положенію лица въ государствѣ всю систему обновленія уголовнаго процесса прошлаго вѣка [3]).

Аналогично высказывается Люблинскій [4]) [5]). «Въ числѣ самыхъ основныхъ вопросовъ постановки какого бы то ни было судебнаго института, стоитъ вопросъ объ отношеніи его къ личности гражданина». Главной функціей всякаго общественнаго органа является выполненіе обусловливающихъ его существованіе потребностей соціальнаго цѣлаго, къ которымъ и долженъ быть приспособленъ весь его внутренній строй. Принципы, направляющіе жизнь общества въ его цѣломъ и въ спеціальныхъ выраженіяхъ его потребностей, выражаются въ современной психологіи принципомъ экономіи силъ, сводящимся къ направленію экономическихъ запасовъ соціальной энергіи отъ функціи низшаго къ функціи высшаго порядка. Управляя техническими формами различныхъ видовъ соціальныхъ отношеній, въ томъ числѣ и суда, начало соціальной экономики тѣмъ не менѣе отступаетъ на задній планъ, какъ только выдвигаются на сцену основныя

---

[1]) «Старая святыня обычая, какъ переживаніе, столь же старый идеалъ всемірнаго государства и новое требованіе господства надъ всѣми побужденіями особей, равнаго для всѣхъ закона, какъ воплощеніе разумныхъ требованій критической мысли отъ личности и отъ общества, все это слилось въ представленіе о правовомъ государствѣ» (Арнольди—Задачи пониманія исторіи, 1903 г., стр. 180 и слѣд.).

[2]) Объ этомъ у Зиммель, стр. 95 и слѣд.

[3]) Главное и общее начало обновленія суда во 2-ой половинѣ XIX-го вѣка состоитъ въ постановкѣ живого человѣка на первомъ планѣ судебнаго разбирательства и признанія его самого однимъ изъ главныхъ обстоятельствъ дѣла, подлежащаго сужденію. Изъ этого жизненнаго начала, созданнаго долгимъ опытомъ предшествовавшихъ лѣтъ, вытекаетъ непосредственное разбирательство, широкое пользованіе средствами оправданія, довѣріе къ приговору, постановленнымъ подъ живымъ впечатлѣніемъ. Безусловнымъ слѣдствіемъ этого является значительное сокращеніе заочныхъ разбирательствъ, устность, широкая возможность возобновленія дѣлъ и рядъ гарантій, обезпечивающій общественный порядокъ и вмѣстѣ съ тѣмъ ограждающихъ личность подсудимаго отъ насильственныхъ мѣръ и выводовъ (Кони—Ж. М. Ю. 1895 г. № 1, стр. 120 угол. процесс. Италіи и Герм.).

[4]) «Своб. личности въ угол. проц.», 1906 г., стр. 5.

[5]) И. Зиммель—цит. соч., стр. 176 и слѣд.

тенденціи этическихъ вліяній, которыя, исходя изъ личности и давя на общество, устанавливаютъ критерій его правъ на существованіе,—положеніемъ, занимаемымъ въ немъ индивидомъ. Въ этомъ отношеніи, гарантіи личности въ процессуальномъ порядкѣ, взаимодѣйствіе власти и гражданина, конечно, не могутъ не занимать всегда перваго мѣста. Нельзя не согласиться съ блестящимъ выраженіемъ этой идеи у Эсмена [1]), что источникъ всякаго права лежитъ въ индивидуумѣ, такъ какъ онъ одинъ есть существо реальное, свободное и отвѣтственное. Въ правовомъ и политическомъ отношеніи, всякое соціальное цѣлое существуетъ и дѣйствуетъ лишь въ интересахъ индивидуума, отсюда постепенно проникающая въ политическую структуру обществъ, черта, которая, со временъ американскихъ договорныхъ грамотъ, черезъ декларацію правъ, побѣдоносно вступаетъ въ положенія писаныхъ конституцій, занимая въ нихъ первое мѣсто [2]). Та возможность индивидуальнаго проявленія личности, которая остается за вычетомъ правовыхъ ограниченій ея, образуетъ сферу свободы лица; эта свобода имѣетъ, въ силу ограниченія ея государственной властью и признаніемъ личности гражданина, правовую санкцію [3]). Одинъ изъ наиболѣе блестящихъ государствовѣдовъ Англіи—Дайси, иронически сравнивая начала правового положенія личности, гарантируемое конституціоннымъ правомъ континента, указываетъ истинное значеніе для правового общежитія индивидуума. Онъ полагаетъ, что система конституціонныхъ гарантій есть не что иное, какъ слѣдствіе обыкновеннаго права, пользующагося судебной защитой. По его мнѣнію, это не болѣе, какъ частный принципъ изъ основныхъ выводовъ, что положеніе лица даетъ не слѣдствіе, а основу конституціи [4]). Вліяніе начала личной отвѣтственности приводитъ къ неизбѣжному столкновенію суда въ присутствіи виновнаго со всѣми особенностями каждаго конкретнаго дѣянія. Это значитъ, что личнымъ усиліямъ, предполагаемаго автора преступнаго дѣянія, должна быть открыта широкая возможность вліять на судъ, въ смыслѣ желательнаго ему признанія его не виновнымъ. Въ свою очередь, безграничная множественность неуловимыхъ оттѣнковъ характера и темперамента, разума и духа, воздѣйствіе инстинкта и чувствъ, обусловиваютъ необходимость такого устройства, при которомъ судья имѣлъ бы самъ возможность реагировать на эту чудовищную разнообразность естественныхъ вліяній личности на исходъ каждаго дѣла. Онъ долженъ имѣть въ своемъ распоряженіи столь же разнообразные и совершенные аппараты для узнаванія истины, какъ личность для ея сокрытія. Изъ этого необходимо противопоставить живому органическому началу человѣческой дѣятельности столь же органичное начало ея пониманія. Отсюда сфера всего сознанія судьи, до самихъ широкихъ и темныхъ обобщеній, должна быть раскрыта для изученія каждаго дѣла, и человѣческая мысль, какъ аппаратъ, сотрясаемый вибраціями симпатіи и антипатіи, должна записывать и сохранять подобно фонографу всѣ созвучія жизни. Изъ этого вытекаетъ начало внутренняго убѣжденія, несвязаннаго системой доказательствъ, и распредѣляющаго свой матеріалъ въ зависимости отъ внутренняго начертанія интуитивныхъ сихъ человѣческаго духа. Это начало личной отвѣтственности въ нашемъ дѣйствующемъ у. у. с. выражено въ статьяхъ 15, 60, 133, 159, 583, 584, 637. Эти гарантіи, проявляющіяся въ началѣ самоограниченія государственной власти въ отношеніи гражданина, должны выражаться со стороны внутренней и внѣшней. Въ послѣдней—въ установленіи для лица правовой возможности осуществлять свои индивидуальныя требованія безпрепятственно, и въ первой—въ установленіи незыблемо опредѣленныхъ границъ

---

[1]) Общ. основ. конституц. права, 1898 г., стр. 305, 310 и слѣд. Петерб.

[2]) Общественное цѣлое цѣнится въ лицѣ каждаго изъ его членовъ; говорилось тысячу разъ, что «составъ государства не что иное, какъ соединеніе частныхъ лицъ» (Серванъ—цит. соч. стр. 25 и слѣд.).

[3]) Іеллинекъ, стр. 274.

[4]) Дайси—Основан. госуд. строя Англ., объ этомъ см. стр. 232—260.

уголовно-карательнаго воздѣйствія, внѣ которыхъ личность должна быть неодолима. У насъ это очень неполно выражено въ ст. 1-й у. у. с. Эту послѣднюю роль и выполняетъ уголовный процессъ, который, своими нормами, создаетъ вокругъ личности какъ бы заколдованный кругъ, на подобіе тѣхъ, какими аскеты среднихъ вѣковъ ограждали себя отъ вліяній діавольской силы. Помѣщаясь внутри его, личность является неуязвимой противъ всѣхъ силъ Левіафана государства. Какъ Вій въ сказкѣ Гоголя, стоитъ государство часто на самой чертѣ заколдованнаго круга и, какъ Вію, личность, закованная въ броню своихъ непререкаемыхъ правъ, противопоставляетъ формализмъ уголовнаго процесса, пока насиліе или революція, надзаконность или произволъ, не подымутъ ему вѣки. Тогда личность погибаетъ, процессъ разрывается, но вмѣстѣ съ ними умираетъ и государство, представляя подобіе церкви въ разсказѣ, послѣ пѣнія третьяго пѣтуха [1]). Приведу въ примѣчаніи для иллюстраціи моихъ мыслей слѣдующія великолѣпныя слова Каррары [2]). Именно это признаніе опредѣляющей роли политич. знач. личности разумѣлъ Миттермайеръ, когда писалъ, что устность, публичность и обвинительное начало, о которыхъ мы говоримъ какъ объ основахъ процесса, примѣняются въ различныхъ странахъ съ величайшимъ различіемъ ихъ осуществленія [3]) [4]). Вполнѣ правильную оцѣнку исчерпывающаго вліянія, которое вноситъ въ процессъ взаимоотношеніе общества и личности, даетъ знаменитый Эли [5]) [6]) [7]) [8]).

Такимъ образомъ, лишь положеніе личности можетъ опредѣлить въ процессѣ, какія основныя черты наполняютъ его форму и, стало быть, оказываются тѣми творческими началами, отъ которыхъ зависитъ его жизнь и смерть. Стоитъ лишь поставить личность основой правотворческихъ условій судопроизводства, чтобы сейчасъ же вывести отсюда всѣ тѣ принципы, которыми съ соціологической стороны долженъ опредѣляться процессуальный порядокъ. Необходимость ближайшаго знакомства съ личностью у суда, и у индивида съ матеріалами судебныхъ доказательствъ, даетъ намъ начало непосредственности, гарантіи обезпеченныхъ за нею правъ,—презумпцію невиновности, начала индивидуальной свободы,—равенство сторонъ, самостоятельность въ отношеніяхъ къ государству,—состязательное начало. Общественный инстинктъ и групповая солидарность, ей присущія,—рождаютъ публичность производства, начало гуманности и

---

[1]) Еллинекъ, стр. 220, 239 и 252. Коркуновъ, 1904 г. § 12, Fouillé L'idée moderne du droit, p. 281 и слѣд.—Милль «Основы логики». Миттермайеръ—Законод. и юридич. практ., стр. 352, 1864 г.

[2]) Genesi del diritto penale 1893 г., стр. 583: «Скажите, для какой цѣли созданы нормы уголовнаго процесса? Они установлены, отвѣтите вы, для того, чтобы узнавать виновнаго и соучастника преступленія и чтобы опредѣлить ихъ наказаніе, установленное въ законѣ. Но если обвиняемый оклеветанъ, неужели слѣдуетъ его судить уже единственно за то, что его привлекли къ суду? Нѣтъ, отвѣтите вы, его слѣдуетъ оправдать и примѣрно наказать клеветника. Остановитесь, пожалуйста, на этомъ соображеніи и взвѣсьте всѣ основанія, которыя вамъ придутъ въ голову. Значитъ, для осужденія этого человѣка недостаточно того, что онъ привлеченъ къ суду, но должно узнать, дѣйствительно ли онъ виновенъ во вмѣняемомъ ему преступленіи».

[3]) Объ этомъ Законод. и юридич. практика, стр. V, 1864 г.

[4]) Объ этомъ Квачевскій т. I, стр. 17: «Законодательство, въ постоянномъ развитіи своего содержанія, болѣе измѣняетъ, чѣмъ творитъ, болѣе совершенствуетъ, чѣмъ изобрѣтаетъ. Характеръ творчества не сроденъ ему потому, что оно есть составная часть цѣлой жизни народной и, наравнѣ съ нею, повинуется законамъ историческаго развитія».

[5]) T. I, page 4.

[6]) Объ этомъ же Fausten Helie, 1867—1869 t. I, p. 4. Deux intérêts également puissants également sacrés, veulent être á la fois protégés: l'intérêt générale de la société qui veux la juste et prompte repression des délits; l'intérêt des accusés qui est bien aussi intérêt social et qui exige une complète garantie des droits de la cité et des droits de la défense. De là l'un des problèmes les plus difficiles que la législation ait à résoudre.

[7]) На стр. 40 и слѣд.—Руководства.

[8]) Duguit, p. 44, 11, 46, 55—58, t. I.

терпимости, приводятъ къ организаціи защиты, противопоставленіе ея государству приводитъ къ независимой юстиціи, самодѣятельность личности даетъ свободу въ пользованіи доказательствами процесса и, наконецъ, этическій императивъ общественной нравственности вводитъ внутреннее убѣжденіе и участіе народнаго элемента. Въ свою очередь, эти главные виды имѣютъ побочные отпрыски, занимающіе въ отношеніи ихъ положеніе родовыхъ признаковъ. Такъ, презумпція невиновности побуждаетъ дѣлить слѣдствіе на предварительное и судебное. Свобода въ пользованіи доказательствами приводитъ къ праву самостоятельности на судѣ, независимость юстиціи даетъ основаніе понятію несмѣняемости и т. д. И напротивъ, устраняя на одну только минуту личность, вмѣсто живой, органической связи процесса, мы получимъ форму чуждую содержанія, тѣло лишенное жизни. Такъ, устраненіе личности изъ сферы вліянія суда ведетъ къ инквизиціонному способу письменности, отсутствіе политическихъ правъ устраняетъ понятіе состязательности, лишеніе индивидуальной свободы влечетъ къ потерѣ равенства сторонъ, распаденіе соціальной зависимости устраняетъ гласность и т. д. Исторія намъ это покажетъ съ полной наглядностью въ дальнѣйшемъ изложеніи. Наконецъ, громадную роль играетъ въ установленіи этихъ принциповъ понятіе наказанія. Большая или меньшая важность дѣянія и его наказуемость имѣютъ вліяніе на установленіе судовъ, послѣднее на производство, производство на судъ. Изъ этого слѣдуетъ, что принадлежность правонарушенія къ суду высшаго порядка устанавливаетъ и самыя формы производства [1]). Вліяніе уголовно-матеріальнаго законодательства съ основными взглядами доктрины на кару и ея примѣненіе имѣли также вліяніе на ходъ процесса. Эсменъ былъ правъ, говоря, что наказаніе должно быть проникнуто не тѣми началами, съ которыми оно борется, а тѣми, во имя которыхъ оно борется. И такъ какъ наказаніе направляется прежде всего на личность, то отсюда измѣненіе взгляда на сущность и цѣль кары влечетъ за собою громадное измѣненіе въ процессѣ. Начала устрашенія, напримѣръ, заставляютъ отбрасывать всѣ необходимыя формальности во имя судейскаго террора; начала исправленія и предупрежденія влекутъ введеніе наиболѣе совершенныхъ средствъ изслѣдованія истины, даютъ наилучшее оружіе гарантированія индивидамъ отъ эксцессовъ судебной власти. Въ конституціи Римскаго государства, напримѣръ, „Цѣль наказанія опредѣляется доставленіемъ утѣшенія и радости родственникамъ пострадавшаго лица“ и отсюда уже, конечно, необходимо было вводить тѣ директивы въ направленіе всей процессуальной дѣятельности, которые совершенно намъ незнакомы [2]) [3]). Вѣковой ходъ медленной эволюціи человѣческихъ обществъ, вливая зыбкое содержаніе исторіи въ берега государственныхъ учрежденій, приспособляетъ ихъ болѣе и болѣе къ логикѣ общественнаго существованія и изъ содержанія жизни націи, идей универсализма, систематизаціи соціальныхъ навыковъ и усилій общежительныхъ эмоцій, вырабатываетъ новыя начала, при помощи которыхъ личность оказывается правоизмѣняющимъ факторомъ жизни уголовнаго процесса [4]). Вмѣстѣ съ этимъ, великое начало постоянства формъ суда оказывается неизбѣжнымъ при желаніи придать его усиліямъ правильное постоянство, въ дѣлѣ установленія правового порядка. Правосудіе не должно, по счастливому выраженію Сервана, напоминать глазъ циклопа, открывающійся только тогда, когда онъ видитъ жертву [5]). Идеей его не является чувство мести поверженному

[1]) Глязеръ—Handbuch Strafprocessrecht. II 151. 1883—1885. Leipzig.

[2]) Объ этомъ у Глязера, стр. 232—234, т. I, Русское изданіе.

[3]) Квачевскій, т. I, стр. 17.

[4]) «Въ странахъ, гдѣ государственный бытъ благопріятенъ развитію правъ политическихъ и гражданскихъ, тамъ свободная защита, публичное, словесное судопроизводство и судъ присяжныхъ суть неотъемлемые принципы уголовнаго правосудія; тамъ, гдѣ, напротивъ, права суда неопредѣленны и шатки, письменность и таинственный характеръ судебныхъ дѣйствій и судьи связаны зависимостью». Квачевскій, стр. 17 т. I.

[5]) Oeuvres diverses de M. Servan ancien avocat général au parlament de Grenoble t. I, p. 22. Lion (безъ даты).

врагу, высокіе принципы, благородныя начала поддержанія мира общественнаго и возможное примиреніе общества съ виновнымъ, путемъ наложенія разумныхъ каръ,—вотъ содержаніе его дѣятельности, принципы его мышленія, факторы его воли. Jus puniendi должно быть основано исключительно на почвѣ фактовъ, истекающихъ изъ логическихъ положеній, взятыхъ изъ сферы дѣйствительной жизни. Въ этомъ смыслѣ только и можемъ мы признавать знаменитое выраженіе „Fiat justicia pereat mundus» [1]). Канцлеръ D'Agessau видѣлъ въ осужденіи каждаго гражданина общественное бѣдствіе, Серванъ клалъ въ основаніе суда примѣръ будущему, а не месть настоящему [2]). Въ то же время твердость установленныхъ формъ служитъ высшей цѣли процесса,—установленію истины и справедливости [3]). И тогда понятна сама собою необходимость образованія такихъ формъ приговора, при которыхъ была бы очевидной строгая логическая причинность его, какъ результата системы дѣятельности судебныхъ органовъ въ дѣлѣ изысканія истины и виновныхъ [4]). Только идея верховной справедливости, составляющая душу и содержаніе самаго права [5]) [6]), должна руководить судомъ во всѣхъ выраженіяхъ его дѣйствій какъ функцій учрежденія, имѣющаго своей спеціальной цѣлью поддержаніе установившагося равновѣсія силъ въ организмѣ общественныхъ отношеній. Единственное чувство, которое можетъ руководить судомъ, это чувство отвѣтственности передъ интересами соціальнаго цѣлаго, которое вручаетъ ему судьбы спора между собою и отдѣльнымъ индивидомъ [7]). И такъ, резюмируя все сказанное, я прихожу къ выводамъ: **критеріемъ правильнаго устройства суда и его дѣятельности, какъ органа общежитія, именуемаго государствомъ, является соотвѣтствіе его основнымъ потребностямъ человѣческой личности, какъ фокуса и цѣли всѣхъ усилій государства въ области политики, моральныхъ и экономическихъ отношеній.** Эти запросы индивидуальности, удовлетворяя біологическимъ цѣлямъ прогресса—усложненія формъ жизни черезъ развитіе всѣхъ сторонъ существованія и расширенія своихъ задачъ солидарными вліяніями окружающей среды, побуждаютъ личность предъявлять къ государству требованія правильныхъ гарантій ея соціальныхъ отношеній. Усиленіе и ростъ всѣхъ этихъ воздѣйствій черезъ посредство подражанія и заимствованія, прогрессія увѣренности въ собственныхъ силахъ и увеличеніе соціальныхъ желаній,—вотъ истинныя основы процесса въ его соціологической основѣ. Къ нимъ присоединяются еще основанія, служащія имъ внѣшнимъ выраженіемъ, именно принципъ юридическаго ихъ выраженія въ правовой формѣ. Они то являются, такъ сказать, формирующими факторами въ опредѣленіи постояннаго выраженія указанныхъ соціологическихъ началъ, въ отношеніи установленія истинности прошедшихъ событій и прикрѣпленія ихъ нитями причинной связи къ волевой дѣятельности авторовъ

---

[1]) Объ этомъ Garraud—Precis de droit criminèlle, p. 9 № 4 et Ortolan—Cours de legislation penal comp., p. 77 et 81.

[2]) Id., p. 22—27. «Юстиція уголовная должна карать безъ ненависти, безъ гнѣва, даже съ сожалѣніемъ, она не безъ усилія теряетъ гражданина для кары послѣ того, какъ потеряла его черезъ преступленіе. Всѣ кары лишь акты политическіе, которые первымъ объектомъ сохраняютъ нравственность». Серванъ, стр. 25—27.

[3]) Миттермайеръ—Законод. и юридич. практика «Уголовный процессъ долженъ имѣть въ основаніи главную цѣль—удовлетвореніе справедливости», стр. 234.

[4]) «Отправленіе правосудія не есть организованный государственный гнѣвъ, а правильно устроенное государственное разслѣдованіе преступленія, для соотвѣтственнаго его леченія». Владиміровъ—Психолог. изслѣдов. въ угол. судѣ стр. III.

[5]) Какъ говорилъ объ этомъ еще Аристотель (Политика перев. Скворцова § 8): «Право не что иное, какъ основа для критерія справедливаго и не справедливаго». Объ этомъ же Петражицкій—«Введеніе въ изученіе права и нравственности» и Меркель—«Юридич. энциклопедія» § 24, 25, 33 и др. также Фульс—цит. соч., стр. 34, 38.

[6]) Marion, p. 154—155.

[7]) Объ этомъ Муравьевъ—«Прокур. надзоръ въ его устройствѣ и дѣят.», стр. 187.

ихъ возникновенія. Эта внѣшняя (каузальная) форма процесса устанавливаетъ, такимъ образомъ, его наружную сторону и дополняетъ понятіе судопроизводства въ юридическомъ смыслѣ. **Началами, на которыхъ покоится процессъ и будутъ, съ одной стороны, гарантированная личности возможность безпрепятственно осуществлять дозволенные интересы, черезъ огражденіе ихъ карой, съ другой стороны, примѣненіе кары лишь къ дѣйствительно виновнымъ субъектамъ. А стало быть гарантія спокойствія существованія личности такимъ образомъ является огражденной отъ неправильнаго предположенія за нею тѣхъ дѣйствій, которыя она не совершала, или не могла совершить.** Этими основными началами будутъ: 1) публичность процесса, 2) независимость суда, 3) презумпція невиновности, 4) свобода въ пользованіи доказательствами, 5) раздѣленія функцій суда и обвиненія, 6) гуманность и уваженіе къ личности [1]) [2]), 7) непосредственность, 8) свободная оцѣнка доказательствъ, 9) равенство сторонъ [3]) [4]). Принимая во вниманіе презумпцію невиновности, необходимость раздѣленія производства на періоды предварительнаго и судебнаго слѣдствія означается сама собою. Кромѣ того, необходимость уравненія личности въ правахъ съ представителями государства влечетъ неизбѣжную организацію полноправной и независимой защиты. Переходя къ юридическому выраженію этихъ началъ въ жизни, мы можемъ опредѣлить ихъ, по установившейся терминологіи, обвинительными началами, а процессъ, въ существѣ котораго онѣ лежатъ,—обвинительнымъ процессомъ. У насъ при переходѣ къ началамъ современнаго намъ процесса принципомъ реформы были: 1) отдѣленіе власти обвинительной отъ судебной, 2) принадлежность первой прокурору, 3) отдѣленіе власти судебной отъ административной [5]) [6]). Въ указѣ Сенату объ обнародованіи Суд. уст. 1864 г., основными принципами реформы были указаны ея соціальныя основанія; тамъ говорилось: «1) Мы находимъ, что они (указан. начала) вполнѣ соотвѣтствуютъ желаніямъ Нашимъ водворить въ Россіи судъ скорый, правый и милостивый, равный для всѣхъ подданныхъ нашихъ, возвысить судебную власть, дать ей надлежащую самостоятельность и вообще утвердить въ народѣ Нашемъ то уваженіе къ закону, безъ котораго не возможно общее благосостояніе и которое должно быть постояннымъ руководителемъ дѣйствій всѣхъ и каждаго отъ высшаго до низшаго!!». Это начало судебнаго верховенства и выражается у насъ въ статьяхъ: 796, 945, 216, 212, 219—21, 1097, 1035, у. у. с. и ст. 23 учр. гос. совѣта и статьями 1, 213, 665, 902 и 930 уст. в. суд. При разсмотрѣніи этихъ началъ въ отдѣльности въ дальнѣйшемъ изложеніи, я обращу вниманіе на то, чтобы обосновать ихъ болѣе подробно. Покамѣстъ же необходимо указать на устойчивость ихъ во времени, въ теченіе множественныхъ перипетій, пережитыхъ человѣчествомъ въ его историческомъ ходѣ.

---

[1]) Стифенъ—цит. соч. говоритъ: «Задачей уголовнаго правосудія—поддерживать въ обществѣ чувство безопасности отъ беззаконія».

[2]) «Въ особенности необходимо, чтобы уголовное правосудіе не употребляло никакихъ средствъ, не согласныхъ съ требованіями гуманности и чувства личнаго достоинства и достоинства государства». Глязеръ, стр. 40.

[3]) См. объ этомъ у Миттермайера, который считаетъ основными принципами процесса: 1) устность 2) обвинительное начало, 3) публичность, 4) судъ присяжныхъ. Законод. и юридич. практика, стр. 172 и слѣд.

[4]) Миттермайеръ—Уголовн. судопроизв. Англіи, Шотландіи и Сѣверной Америки стр. V и слѣд.—говоритъ: «для осуществленія правосудія и дѣйствія уголовнаго законодательства требованія порядка процессуальнаго основана на устности, гласности, участіи присяжныхъ, а также судопроизводствѣ, обезпечивающемъ быстроту процесса и полную независимость судей...».

[5]) Ст. 3—5 Основныхъ положеній уголовн. судопроизводства.

[6]) Въ результатѣ, говоритъ Муравьевъ, нашъ процессъ получилъ обвинительную форму при розыскномъ содержаніи, цит. соч., стр. 375.

Глава II.

Начиная съ античныхъ обществъ Греціи и Рима черезъ солдатскіе суды среднихъ вѣковъ и государственные нашего времени, проходилъ этотъ процессъ, имѣя своимъ содержаніемъ охраненіе личности, своимъ завѣтомъ полноту осуществленія ея жизненныхъ цѣлей. Эта стойкость станетъ намъ столь же понятной, какъ понимается нами совершенная государственная философія Аристотеля [1]) и блестящая логика республиканскаго Рима, какъ понятны намъ толкованія Блэкстона и Локка на Англійское государственное устройство. Все дѣло въ томъ, что и первые, и вторые, и третьи были порождены основными жизненными потребностями своей эпохи, своей цивилизаціи, духовными потребностями своего человѣчества, матеріальными интересами даннаго народа. То же самое наблюдается нами и въ осуществленіи указанныхъ основныхъ началъ обвинительнаго процесса, которыя уже самымъ постоянствомъ своего существованія указываютъ, какъ на необходимую предпосылку,—соотвѣтствіе ихъ основнымъ чертамъ человѣческой природы. Но, вопреки нормальному положенію вещей, процессъ испытывалъ также своего рода патологическіе пароксизмы, которые вводили въ его организмъ вредоносныя образованія, заставляющія человѣчество сильно уклоняться отъ правильныхъ путей, возстановленія справедливости и исканія истины. Настоящее есть дитя прошедшаго и мать будущаго—говорилось уже очень давно. Какъ всякій человѣческій институтъ, будучи продуктомъ безчисленныхъ наслоеній, соціологическихъ переживаній, инстинктивныхъ навыковъ отмершихъ поколѣній, съ характерными особенностями ихъ жизненныхъ идей, процессъ отразилъ всю сложность жизни въ своей громадной постройкѣ. Продукты античной цивилизаціи, попытки средневѣковой конфессіональной культуры, наконецъ идея нашей мірской цивилизаціи, по очереди смѣняя другъ друга, отслаивались въ строеніи процесса [2]). Розыскной или слѣдственный процессъ, какъ его называютъ въ наукѣ, представляетъ собою полную противоположность установленнымъ нами началамъ обвинительнаго процесса и въ своемъ основаніи содержитъ совершенно противоположные принципы. Въ первомъ идея изслѣдованія преступнаго дѣянія предпринимается государствомъ въ цѣляхъ узнанія истины, во имя общественнаго интереса, во второмъ, напротивъ, процессъ наполняется содержаніемъ частнаго спора обвиняемаго и обвинителя, взаимно стремящихся одинъ къ примѣненію кары къ виновному, другой—къ избытію ея [3]). Въ инквизиціонную эпоху, говоритъ Фойницкій, «существовала вѣра въ истину, какъ нѣчто объективное, внѣ насъ лежащее и отдѣльно отъ нашего сознанія существующее». Въ настоящее время коренной переворотъ психологіи установилъ невозможность отдѣлять истину отъ познающаго ее духа [4]). Съ понятіемъ розыскного процесса неизбѣжнымъ образомъ связывается группировка

---

[1]) По словамъ Чичерина, не превзойденная до настоящаго времени.

[2]) Аналогично Миттермайеръ—Законод. и юрид. практ., стр. 10 и 11.

«Каждая эпоха жизни общества имѣетъ свои жизненныя задачи, характеризующія ее, какъ особенную. Но эти характеристическія задачи для каждой эпохи приходится ставить и рѣшать личности и обществу, съ этой эпохой связаннымъ подъ вліяніемъ многочисленныхъ остатковъ прошлаго, а также въ присутствіи новыхъ элементовъ, дѣйствительная роль которыхъ можетъ вполнѣ опредѣлиться лишь въ болѣе или менѣе отдаленномъ будущемъ. Понять каждую эпоху можно лишь вдумавшись, болѣе или менѣе, въ комбинацію всѣхъ этихъ явленій». Арнольди—Задачи пониманія исторіи, стр. 20, 1903 г.

[3]) Фойницкій—Защита въ угол. процессѣ. Журн. гражд. и уг. права № 4, 1885 г., стр. 11.

[4]) Объ этомъ Стифенъ—Угол. судопроизв. вообще и Англіи въ особен., стр. VI и 2, 1886 г. Петербургъ.

и распредѣленіе силъ, раскрывающихъ преступленіе и виновность. Розыскной процессъ разсредоточиваетъ судебную власть среди множества оффиціальныхъ органовъ, съ предоставленіемъ нѣкоторымъ изъ нихъ, напримѣръ прокурору, громадныхъ полномочій, далеко превосходящихъ, въ этомъ отношеніи, права частнаго лица. Далѣе въ слѣдственномъ процессѣ мы наблюдаемъ перенесеніе центра тяжести на стадію предварительнаго слѣдствія, которое ложится неизмѣннымъ основаніемъ въ формулу судебнаго приговора. При этомъ судъ является опять сторонникомъ раскрытія истины. Помимо всего крупную разницу мы находимъ въ чисто юридической дѣятельности судьи въ розыскномъ и обвинительномъ процессахъ. Въ то время, какъ въ этомъ послѣднемъ судья не принимаетъ никакого активнаго участія въ выясненіи обстоятельствъ дѣла помимо руководства преніями, и даже допросъ обвиняемаго совершенно отъ него устраненъ,—розыскное начало предполагаетъ исключительную дѣятельность судьи въ теченіе всего процесса. Усилія его ума и воли, идущія въ униссонъ съ дѣятельностью обвинителя, если таковой есть, стремленіе къ раскрытію абсолютной истины, заставляетъ его обращаться къ ея достиженію, не щадя усилій и не считая приносимыхъ жертвъ. Этому содѣйствуетъ право возбужденія преслѣдованія, исходящаго отъ судьи. Созерцая свѣточъ истины, онъ не замѣчаетъ въ его лучахъ блеска индивидуальной жизни, ослѣпленный страшнымъ свѣтомъ, оглушенный бѣгомъ фактовъ и доказательствъ, судья, въ своемъ шествіи къ благу человѣчества, часто не замѣчая, перешагиваетъ цѣли отдѣльныхъ жизней.

И наконецъ, положеніе личности, являющейся путеводной звѣздой процесса, кладетъ послѣднюю наиболѣе рѣзкую грань между обвинительнымъ и слѣдственнымъ началами. Слѣдственный процессъ не знаетъ личности, какъ верховнаго опредѣлителя всѣхъ общественныхъ и государственныхъ усилій [1]). Онъ имѣетъ передъ собою лишь абстрактъ государства и человѣчества, абсолютизмъ истины и матеріализмъ фактовъ. Отсюда личность обвиняемаго исчезаетъ изъ формъ слѣдственнаго процесса, и въ полѣ зрѣнія изслѣдователя науки остаются лишь фигуры обвинителя и судьи. Они, какъ игроки на билліардѣ, перекатываютъ личность отъ одного къ другому до тѣхъ поръ, пока петля или тѣлесное наказаніе, галера или тюрьма не выполнятъ роль лузы, въ которой она къ общему утѣшенію исчезаетъ. Эли говоритъ, что въ основаніи розыскного процесса лежало предположеніе, что обвиняемый есть виновный, а потому допросъ совершенно соотвѣтствуетъ этой системѣ, принуждая обвиняемаго посредствомъ нравственнаго давленія обнаруживать истину [2]) [3]). Совсѣмъ не то видимъ мы въ процессѣ обвинительномъ. Тамъ личность является центромъ, вокругъ котораго сплетаются всѣ нити юридическихъ отношеній, сходятся всѣ пути, ведущіе къ раскрытію истины. Она стягиваетъ къ себѣ средства и способы вліяній общества на индивидуума и обратно и заставляетъ всю систему правосудія приспособляться къ господству своихъ правъ, которыя являются послѣднимъ опредѣляющимъ звеномъ, въ цѣпи судопроизводственныхъ событій. Здѣсь личность выступаетъ въ торжественномъ значеніи стороны. Возможность являться стороною не зависитъ въ обвинительномъ процессѣ нашего времени отъ личныхъ качествъ субъекта. Она, по выраженію Скэсса, «является пра-

[1]) Leue—Der Mündlichk. u. S. V. S. 82—85.

[2]) Также Фойницкій—Журн. гр. и уг. права № 4, 1885 г., стр. 5: «Основаніемъ инквизиціоннаго процесса обвиняемый становится главнымъ свидѣтелемъ по дѣлу, ибо лучшимъ доказательствомъ считается собственное признаніе виновнымъ. Онъ получаетъ характерную черту свидѣтеля—незамѣнимость. Онъ своей особой дѣлается матеріаломъ судебнаго изслѣдованія».

[3]) По мнѣнію Гейера въ Lechrbuch des gemeinen Deutschen Strafprocessrecht 1880 г. Лейпцигъ, стр. 7 и слѣд. «гарантіи личности обвиняемаго гораздо слабѣе въ слѣдственномъ процессѣ, чѣмъ обвинительномъ (состязательномъ), какъ онъ его называетъ, ибо личность тамъ объектъ изслѣдованія».

вовымъ качествомъ быть активнымъ или пассивнымъ субъектомъ права». Обвинительный процессъ снабжаетъ правомъ стороны, лишь признанныхъ имъ субъектомъ права. Онъ надѣляетъ такихъ субъектовъ способностью осуществлять процессуальное производство на началахъ правоосуществляемости. Такимъ образомъ, понятіе стороны охватываетъ субъектовъ процессуально правовыхъ отношеній, правовая сфера которыхъ служитъ объектомъ судебнаго приговора [1]). Принципы дѣятельности обвинительнаго суда выводятъ его изъ русла событій, дѣлая безпристрастнымъ созерцателемъ теченія процесса передъ его глазами. Личность, вооруженная суммой своихъ правъ, вліяніемъ своихъ требованій, стойкостью своихъ полномочій, вступаетъ въ борьбу съ представителемъ государства, охраняемая чувствомъ справедливости, поддерживаемая силами солидарной связи. Судья уже не изслѣдуетъ собственныхъ предположеній, не ловитъ важныхъ признаковъ изъ несмѣтныхъ миріадъ фактовъ, роящихся вокругъ каждаго преступленія. Передъ нимъ идетъ повѣрка работы сторонъ, полиція и войско, администрація и правительство, общественная молва и разрушительный инстинктъ эгоизма, все выступаетъ противъ личности, и она одна, прикрываясь щитомъ своихъ гражданскихъ правъ, выходитъ нерѣдко побѣдителемъ изъ этого боя. Ей помогаютъ въ этомъ начала процесса, исходящія изъ признанія ея значенія. Маколей, уясняя значеніе генія въ исторіи, сравниваетъ его съ человѣкомъ, стоящимъ на холмѣ и потому ранѣе другихъ видящимъ восходъ солнца. Устность, состязательность, равенство сторонъ, гласность, играютъ роль такого холма для судьи, который, вопреки часто всѣмъ окружающимъ людямъ, видитъ абрисъ истины, прозрѣвая исходъ борящихся притязаній [2]). Квачевскій сводитъ сущность обвинительнаго и слѣдственнаго процессовъ къ предварительному уясненію дѣла передъ началомъ судопроизводства, полномочной защитѣ, публичности и состязательности сторонъ. Въ слѣдственномъ процессѣ онъ находитъ господство письменности, до судебнаго слѣдствія уже опредѣляющее участь обвиняемаго. Совпаденіе обвиненія и защиты съ чрезвычайной распространенностью процесса, закрѣпляемаго протоколами, по его мнѣнію, отличительный признакъ этого суда [3]).

При созданіи дѣйствующаго устава у. с., авторы его видѣли основной принципъ обвинительнаго процесса въ «исключеніи всякаго вмѣшательства суда въ начатіе, или производство первоначальныхъ изысканій, для обнаруженія повода къ обвиненію подозрѣваемаго», которое противно первымъ основаніямъ правосудія [4]).

Намъ еще придется вернуться къ анализу современнаго процесса далѣе, а пока посмотримъ, въ какой мѣрѣ все сказанное нами должно относиться къ войску.

Проводя послѣдовательно взятые нами за основаніе методы, соціологическій, при изслѣдованіи существа процессуальныхъ отношеній, и юридическій, при изслѣдованіи характера дѣйствующихъ нормъ, намъ придется освѣтить существо столь важнаго соціальнаго органа государственной жизни, какимъ является войско, указать отношеніе его къ государству, задачи и цѣли его существованія. Только лишь послѣ выясненія этихъ основныхъ признаковъ войскового бытія, намъ станутъ понятны тѣ выводы, какіе

---

[1]) Объ этомъ Suess—Stellung der Partei im modernen Strafprocess 1896, S. 9 и 13.

[2]) Объ этомъ Глязеръ ч. I стр. 26—28 u Bothe—Der Preussiche militärstrafprocess, S. 50 и слѣд. 1878 Миттермайеръ—Законод. и юрид. практ. стр. 67—69.

[3]) John—Strafprocess Ordnung 1884 г. t. I, стр. 14—25, 113 и слѣд., 142—144; Zaharie—Die gebrechen und die reform des Deutschen Straffervahren 1846 I s. 41 и 42; Hugo Meyer. Die parteien im Stafprocess 1884, S. 10 и слѣд., не согласенъ съ дѣленіемъ обвинительнаго процесса на три рода дѣятельности: 1) преслѣдующую, выполняемую прокуроромъ, 2) защитительную защитникомъ и 3) рѣшающую принадлежащую суду. Если бы, говоритъ онъ, этотъ взглядъ былъ вѣренъ, почти всѣ государства были бы виновны въ нарушеніи принципа, не создавъ особыхъ учрежденій для защиты.

[4]) Журналъ соед. департ. госуд. сов., стр. 171—177. 1862 г.

придется сдѣлать въ дѣлѣ обоснованія необходимости суда для войска и основныхъ принциповъ его судопроизводства. Время не позволяетъ мнѣ вдаваться въ историческія причины возникновенія войска и войны; мы можемъ признать какъ фактъ слова Мишле въ его «Введеніи во всемірную исторію», что «съ міромъ началась война, которая должна окончиться съ міромъ же, но не раньше, война человѣка противъ матеріи, духа противъ природы, свободы противъ рока!» Сводясь къ концентраціи способностей, фактовъ и силъ, направленныхъ въ конечномъ счетѣ къ максимуму успѣха въ борьбѣ за существованіе, на стадіи государственнаго общенія, война, изъ разрозненныхъ столкновеній стихійно дѣйствующихъ индивидовъ, превращается въ вооруженное столкновеніе государствъ. Всѣ причины этихъ столкновеній коренятся въ цѣляхъ достиженія какихъ-либо интересовъ, стоящихъ какъ необходимость, или преимуществъ, разсматриваемыхъ какъ право. По мѣрѣ развитія гражданственности и общества, по мѣрѣ сліянія понятій государства съ правомъ, борьбы съ справедливостью, идея войны углублялась и стремленіе если не оправдать, то объяснить ее, пріобрѣтало все болѣе и болѣе этическія основы [1]. Желаніе внести систему въ эту внѣшнюю путаницу людей и событій, въ эти столкновенія массъ, уносимыхъ дуновеніемъ страсти, и личностей, дѣйствующихъ подъ вліяніемъ чувствъ, врожденная человѣку потребность все разсматривать съ точки зрѣнія опредѣленнаго плана и во все вводить извѣстный законъ должна была сказаться и здѣсь еще болѣе, чѣмъ во всѣхъ остальныхъ явленіяхъ мысли и жизни. «Среди стука оружія, грохота пушекъ и путаницы войскъ, война, соотвѣтствуя своему высшему понятію, должна быть органическимъ процессомъ, руководимымъ человѣческой мыслью, она должна имѣть свою исторію, основныя начала, правила, порядки, системы» [2]. Развиваясь по началамъ эволюціи, подчиняясь условіямъ прогресса, веденіе войны претерпѣваетъ ту же дифференціацію, какъ и каждый животный организмъ и даетъ въ конечномъ результатѣ, выдѣленную изъ гражданъ, организованную совокупность вооруженныхъ лицъ, опредѣляемыхъ въ своемъ существованіи единствомъ руководительства, общностью цѣлей и правопорядка, именуемыхъ войскомъ [3]. Войско, какъ юридическая организація вооруженныхъ лицъ, предполагаетъ существованіе между этими послѣдними и государствомъ клубка безчисленныхъ взаимодѣйствій, которыя охватываются институтомъ военнаго права, для установленія общаго порядка и единообразія въ сферѣ войсковой внѣшней и внутренней жизни. Право войска, такимъ образомъ, въ существѣ своемъ является совокупностью нормъ, исходящихъ отъ организующей власти, опредѣляющей условія существованія и дѣятельности войска, какъ въ цѣломъ, такъ и въ отдѣльныхъ членахъ его состава [4]. Изъ существованія воинскаго правопорядка, какъ основы бытія войска, вытекаетъ, какъ слѣдствіе, существованіе спеціальной отрасли военнаго права,— права военно-уголовнаго, назначеннаго къ поддержанію воинскаго быта и наказанія ви-

---

[1]) «У насъ нѣтъ болѣе въ каждой долинѣ и въ каждомъ замкѣ враговъ, ненавидящихъ другъ друга, воюющихъ между собой, а мы имѣемъ дѣло съ народами и націями, ведущими между собой правильныя войны. Ненависть ленниковъ развилась въ ненависть общинъ, затѣмъ провинцій, затѣмъ націй». Мантегаца— Физіолог. ненависти, стр. 52. 1890 г. Петербургъ.

[2]) Штейнъ—Ученіе о воен. бытѣ, стр. 53. 1875 г. Петербургъ.

[3]) Штейнъ опредѣлилъ его какъ «самодѣйствующій организмъ военной силы, образованный, существующій и творящій, какъ особая часть государственной жизни. Штейнъ, стр. 8 цит. соч. Faich какъ «цѣлое составленное изъ военныхъ людей, соединенныхъ подъ единымъ начальствомъ». Regles et princips de l'art de la geurre etc. p. I t. I 1771 г. О томъ же Кузьминъ-Караваевъ - Учебн., стр. 11.

[4]) Штейнъ опредѣляетъ военное право, какъ совокупность правовыхъ отношеній и тѣхъ порядковъ судопроизводства, которые имѣютъ силу дѣйствія для внутренней жизни войска... Цит. соч., стр. 219 и 215, Друцкой—Причины невмѣненія «военное право есть совокупность нормъ, устанавливающихъ организацію армій, стр. 6. Кузьминъ-Караваевъ—Учебникъ, «какъ нормы организаціи системы управленія и комплектованія войска», стр. 12 и т. д.

новныхъ въ его нарушеніяхъ. По опредѣленію Неклюдова уголовная неправда, есть посягательство направленное на самый корпусъ права, объектъ его [1]).

Поскольку такимъ объектомъ является воинскій порядокъ, воинское преступленіе есть посягательство на право, нарушеніе нормъ, сохраняющихъ это послѣднее. Предметъ военно-уголовнаго права составляетъ опредѣленіе дѣяній, въ которыхъ выражается нарушеніе началъ военнаго порядка—дисциплины, повиновенія и вытекающихъ отсюда, а равно изъ положенія военнаго быта, обязанностей. Затѣмъ отсюда же вытекаетъ необходимость опредѣленія за нихъ наказаній и установленія тѣхъ органовъ, черезъ которые примѣняются военно-уголовные законы, къ конкретнымъ случаямъ, а также порядка и формы этого примѣненія. И такъ, государство, подчиняясь принципу раздѣленія труда и коопераціи, выдѣляетъ самостоятельный органъ—войско, предназначенное для успѣшной борьбы. Но при соединеніи въ войскѣ громадныхъ скопленій различныхъ индивидуальностей, темпераментовъ, склонностей, нравовъ, при наличности неизбѣжной потребности для каждаго изъ нихъ сохранить за собой какъ можно больше свободы и самоволія, дѣятельность войска, какъ хорошо согласованной совокупности множества воль, объединенныхъ единствомъ цѣлей и способа дѣйствія, можетъ быть постижима лишь при наличности особыхъ условій. Нужна спеціальная система, особыя средства, особая дѣятельность, которая явилась бы формой, сплавляющей всѣ индивидуальности въ великую цѣлокупность, замѣняя въ нихъ разнородность воль единствомъ намѣреній, эгоизмъ частныхъ потребностей—солидарностью общихъ цѣлей. Эта система—іерархія, эти средства—подчиненіе, эта дѣятельность—дисциплина. Чтобы сохранить правильность системы, полноту дѣятельности и точность ея примѣненій, необходима единая воля, которая направляла бы ее къ достиженію ставимыхъ государствомъ цѣлей [2]). Субъектъ государственной власти уполномочиваетъ единое лицо, ставимое во главѣ арміи, примѣнять организаціонные законы ея существованія, предоставляя болѣе подробную ихъ регламентацію ему [3]). Въ большинствѣ конституціонныхъ государствъ Европы, обязанности главы арміи совпадаютъ съ обязанностями представителя государства, сосредоточиваясь въ лицѣ монарха, и этимъ достигается полное подчиненіе дѣятельности арміи цѣлямъ и намѣреніямъ государства. Правда это бываетъ далеко не всегда [4]). Но только при такомъ условіи возможно избѣжать опасности противопоставленія волѣ государства, воли вождя арміи. Такимъ образомъ, сливаются идеи двухъ родовъ повиновенія—гражданской власти и военному вождю въ гармонической общности единства силъ и намѣреній, живущихъ на территоріи даннаго государства лицъ во имя достиженія высшихъ потребностей государственныхъ интересовъ [5]). Единственнымъ средствомъ проведенія въ жизнь арміи началъ подчиненности и повиновенія, и установленія тамъ высшаго порядка согласованныхъ воль, для обезпеченія за арміей возможности выполненія функцій борьбы, побѣды и смерти во имя государственныхъ интересовъ, является дисциплина. Принимая во вниманіе исключительную роль, отводимую дисциплинѣ всѣми изслѣдователями военнаго процесса, въ обоснованіе возможныхъ уклоненій отъ общихъ принци-

---

[1]) Бернеръ—Учебн. угол. права, 1864 г., стр. 316. Петербургъ.

[2]) «Если войско есть организованная сила государства, очевидно первымъ и неизбѣжнымъ употребленіемъ этой силы для дѣйствительнаго обнаруженія дѣятельности государства, нужно, чтобы она, подобно каждой другой силѣ, повиновалась единой волѣ». Штейнъ. Объ этомъ же Лееръ—Стратегія, стр. 105. Маркъ, стр. 379—380. Неѣловъ—лекціи, стр. 4.

[3]) Объ этомъ Фалѣевъ—Цѣли воинск. наказ., стр. 36, 1902 г. Петербургъ.

[4]) Объ этомъ Добровольскій—«Основы организ. центральн. воен. управл.», стр. 306 и 307.

[5]) Для военнаго быта, говоритъ Штейнъ, «существуютъ другъ подлѣ друга двѣ самостоятельныхъ воли и, соотвѣтствующихъ имъ, два самостоятельныхъ начала повиновенія; предполагается, что онѣ находятся всегда въ согласіи между собою потому, что приказаніе должно быть только исполненіемъ закона», стр. 243.

повъ судопроизводства, я считаю необходимымъ подвергнуть понятіе дисциплины анализу. Это дастъ мнѣ возможность впослѣдствіи имѣть критерій для опредѣленіи границъ измѣненій военнаго судопроизводства въ отношеніи общаго [1]).

Обращаясь къ построенію содержанія и юридической формы понятія дисциплины, мы найдемъ прежде всего чрезвычайное несходство въ опредѣленіи ея, у различныхъ мыслителей. Докладчикъ въ палатѣ депутатовъ Бельгіи, Борграв, называетъ дисциплину «высшей непререкаемой идеей, при ближайшемъ анализѣ опредѣляя ее, какъ чувство долга, повиновенія начальнику и власти» [2]).

Всѣ приведенныя въ примѣчаніи опредѣленія дисциплины могутъ быть раздѣлены на двѣ крупныя группы, въ своихъ объединяющихъ признакахъ рѣзко отличающихся одна отъ другой. Къ первой я отношу авторовъ, разсматривающихъ дисциплину, какъ элементъ юридическихъ отношеній, къ другой—подводящихъ ее подъ начало морали. Не вдаваясь, за недостаткомъ времени и мѣста, въ критику опредѣленій дисциплины, сдѣланныхъ многочисленными авторами, приведенными выше, я перехожу непосредственно къ построенію собственнаго опредѣленія и начну прежде всего съ этимологическаго понятія. Судя по изслѣдованіямъ Исидора Сивильскаго, это слово происходитъ отъ discere plena, или отъ disciplinari. Въ немъ содержатся двѣ идеи: правило хорошаго изученія, или обязательство точнаго исполненія и наказаніе. Самое слово discere—научать (собственно дѣлаться образованными) идетъ отъ санкритскаго dic—проявляться, означать, которое и теперь еще живетъ во многихъ языкахъ индоевропейскаго корня, такъ, напримѣръ, греческое deiknumi—я указываю. Изъ латинскаго языка, это слово распространилось по всей Европѣ, вездѣ пріобрѣтя право гражданства. Производное отсюда disciple означаетъ не только выслушавшаго курсъ извѣстной науки, но и усвоившаго себѣ это ученіе, причемъ обозначаетъ дальнѣйшее самостоятельное движеніе по началамъ воспринятой идеи [3]).

Такимъ образомъ, понятіе дисциплины въ своемъ происхожденіи уже заключаетъ систему опредѣленныхъ вліяній, исходящихъ отъ высшей силы къ низшей, а равно и кары, примѣняемой въ качествѣ мѣръ усиленія таковыхъ. Дальнѣйшимъ развитіемъ понятія дисциплины является уже вышеупомянутая необходимость единства усилій множественныхъ воль, составляющихъ войско. Сцѣпляя громаду различныхъ индивидуальностей, отличающихся одна отъ другой въ своихъ навыкахъ, воззрѣніяхъ, вкусахъ, даже въ самомъ міросозерцаніи своемъ, государство заставляетъ ихъ жить въ близкомъ общеніи другъ съ другомъ и осуществлять совмѣстными усиліями цѣли, поставленныя

---

[1]) Объ этомъ Gerard—Manuel de discipline et de morale militaire, p. 14; «дисциплина одна можетъ подчинить всѣ воли волѣ одного начальника, можетъ усилить энергію и мужество каждаго сообразно съ энергіей и мужествомъ всѣхъ».

[2]) J. Legavre—«Code de procédure pénale militaire. Bruxelles 1899, p. 5, 6. Объ этомъ смотр. Марк. p. 377; Faich I, p. 447, Paris. 1771. Turpin de Crissé—Principe de l'art de la guerre, p. XII, 1758 г. Петербургъ. Ed. Lergent въ сочиненіи La grande encyclopedie t. XIV говоритъ: «только черезъ дисциплину всѣ индивидуальныя усилія могутъ соединяться въ одно цѣлое и направляться рукой начальника къ цѣлямъ, которыя онъ преслѣдуетъ». Объ этомъ Кузьминъ-Караваевъ—Учебникъ, стр. 10. Неѣловъ—Учебникъ, стр. 4; Друцкой—«Причины невмѣненія» стр. 25, Штейнъ, стр. 160—162 и Lamireaux—«Etude critique de projet de la reform du code de justice militaire, p. 25—26. Foucher относительно дисциплины говоритъ слѣдующее: «la question d'obeissance c'est a'dire la discipline, c'est à dire la force toute entiere des armes. «Commentaire, p. 2; Коркуновъ, стр. 584, опредѣляетъ дисциплину «какъ мѣры, направленныя къ поддержанію порядка совмѣстной дѣятельности и жизни». Garraud—Traité du droit penal française, p. 124—125 и Гольцендорфъ опредѣляютъ дисциплину какъ исполненіе профессіональныхъ обязанностей. Дангельмайеръ— Philosophie des Militärrechts p. 33—«повиновеніе сердца изъ чувства долга, а не страха наказанія». Геккеръ въ Штейнгелевскомъ словарѣ, какъ «систему основныхъ правилъ, къ обязанностямъ сохраненія воинскаго порядка направленную».

[3]) Объ этомъ Maurin—De la discipline judiciaire preface, p. XVI и Bourdin Dictionnaire de l'armèe de terre. 1840.

Верховнымъ Вождемъ. Оно неизбѣжнымъ образомъ должно опредѣлить характеръ возникающихъ между этими индивидуальностями отношеній и конструировать бытъ войска такимъ образомъ, чтобы ему сдѣлалось доступно въ высшей мѣрѣ рѣшеніе задачъ, ставимыхъ государственной жизнью. Государство организуетъ всѣ условія дѣятельности войска, создавая основные принципы его права, формы его статики, элементы его движеній, оно даетъ ему вождя, проникнутаго стремленіемъ къ государственному благу и общегражданскимъ цѣлямъ, словомъ сказать, по счастливому выраженію Штейна, «посредствомъ закона, оно опредѣляетъ всѣ условія существованія войска, предоставляя ихъ примѣненіе повелѣнію» [1]). Во французскомъ правѣ code de justice militaire издается законодательнымъ порядкомъ, а уставъ внутренней службы—декретомъ президента; въ Швеціи воинскій уставъ о наказаніяхъ, издаваемый въ законодательномъ порядкѣ, даже устанавливаетъ положительную систему дисциплинарныхъ взысканій, а систему ближайшаго примѣненія и опредѣленія ихъ передаетъ главѣ арміи—исполнительной власти. Въ Германіи Militärstrafgesetzbuch издается законодательнымъ порядкомъ, а disziplinarstrafordnung—императоромъ, коему конституція предоставляетъ право изданія Kriegsartikel'a, опредѣляющаго обязанности нижняго чина. Мы наталкиваемся въ анализѣ бытія войска на одно очень важное исключеніе, которое своимъ существованіемъ обезпечиваетъ войску оригинальное положеніе среди прочихъ элементовъ государственной жизни. Именно, лишь въ отношеніи войска законъ, какъ абстрактная норма, имѣющая всеобъемлющій характеръ, сталкивается съ такимъ конкретнымъ фактомъ, какимъ является дѣятельность Верховнаго Вождя, направленная на созданіе воинскаго правопорядка—дисциплины. Эта воля, посредствомъ повелѣнія, опредѣляетъ ближайшіе способы и средства, при которыхъ устанавливаются государственной властью элементарныя основы существованія войска. Та же воля комбинируетъ систему правилъ и двигательныхъ началъ, опредѣляющихъ жизнь войска въ соединеніе потенціальныхъ возможностей побѣды, которое и является основой его бытія. Поскольку эти задачи не внѣ, а внутри жизни войска, эта воля, гибкая и двигательная, должна выковывать изъ войска прочный рычагъ, двигающій событіями въ пользу создавшаго его государства [2]). Можно возразить на это, что разницы между дѣятельностью въ войскѣ Верховнаго Вождя и прочими органами государственной жизни нѣтъ, ибо ей въ полной мѣрѣ соотвѣтствуетъ снаружи дѣятельность исполнительныхъ органовъ, въ отношеніи къ закону. И король—въ Совѣтѣ находится въ томъ же положеніи къ королю—въ парламентѣ, какъ король вождь арміи—къ королю, главѣ государства. На самомъ дѣлѣ, различіе здѣсь чрезвычайно глубоко. Въ то время какъ законъ опредѣляетъ въ обществѣ, главнымъ образомъ, предѣлы самодѣятельности гражданъ и принимаетъ во вниманіе ихъ дѣятельность, почти исключительно съ отрицательной, вредоносной стороны, устанавливая для этого аппаратъ суда и юстиціи,—въ арміи воля Верховнаго Вождя именно направляется на активную сторону жизни, указывая формы и типы жизненныхъ отношеній, сферу и глубину возможныхъ проявленій индивидуальности, намѣчая пути дѣйствій, порядокъ и взаимную связь соціальныхъ отношеній. Затѣмъ далѣе различіе касается, если можно такъ выразиться, площади приложенія силъ государства и Верховнаго Вождя къ жизни и волѣ индивидуума. Въ то время какъ въ государствѣ законъ имѣетъ, такъ сказать, спорадическое значеніе, тяготѣя надъ гражданиномъ, скорѣе какъ абстрактная возможность, чѣмъ какъ конкретная дѣйствительность,—въ арміи закономъ опредѣляется вся полнота жизни. Повелѣніе вождя, какъ зондъ хирурга рану, проникаетъ всю глубину индивидуальной жизни, касаясь самыхъ тонкихъ сторонъ духа, чувствительности, сердечныхъ грезъ, логическихъ исканій. Наконецъ, главное отличіе покоится въ содержаніи дѣятель-

---

[1]) Цит. соч., стр. 20. Объ этомъ же Халтуринъ—Психологич. обоснов. воинск. дисципл, стр. 55, 1896 г.

[2]) Объ этомъ у Штейна, стр. 172, цит. соч.

ности закона государства и повелѣнія внутри арміи. Первый все время обращается къ разуму гражданина, второе—къ чувству солдата, первый предостерегаетъ, второе предписываетъ, первый указываетъ на интересъ и пользу общества, второе указываетъ на долгъ индивида. Словомъ сказать, законъ общегражданскій ставитъ идеаломъ логическую полноту существованія въ отведенныхъ ему границахъ, повелѣніе вождя указываетъ на волю, идущую въ униссонъ съ волей Верховнаго Вождя, какъ на панацею отъ всѣхъ золъ и палладіумъ всѣхъ добродѣтелей. Изъ воздѣйствій этой воли на жизнь войска, изъ способовъ проникновенія ея въ самую толщу человѣческихъ инстинктовъ, житейскихъ вожделѣній, моральныхъ навыковъ, вырабатывалась система правилъ для достиженія сліянія всѣхъ воль, устремленія всѣхъ способностей, координацій умовъ, въ направленіи, указанномъ волей верховнаго властелина. Скрещеніе творческой воли Верховнаго Вождя и вліяній государства создаетъ въ войскѣ, черезъ систему правилъ и обязанностей, особое умоначертаніе составляющихъ его массъ, которое даетъ въ результатѣ дисциплину. Въ абстрактномъ своемъ означеніи это умоначертаніе составляетъ философское выраженіе отношенія войска къ важнѣйшимъ обязанностямъ своей жизни,—побѣдѣ надъ врагомъ черезъ страданіе и смерть. Въ своемъ конкретномъ выраженіи дисциплина образуется изъ совокупности этическихъ и правовыхъ навыковъ, охватывающихъ все содержаніе воинскихъ цѣлей солдата. Содержаніе этого правопорядка съ его юридической стороны составляетъ правовое опредѣленіе тѣхъ отношеній, въ которыхъ состоитъ военнослужащій къ исполнительной власти единаго Вождя, направляющей дѣятельность войска. Ближайшимъ выраженіемъ этого юридическаго правопорядка является право наказанія, врученное не вполнѣ, какъ это видно, государственной властью, въ руки военоначальника. Юридическій характеръ этихъ отношеній начинается для военнослужащихъ съ момента принятія ихъ на военную службу, съ котораго вся жизнь его является составной частью общей правовой жизни войска, выполняющаго самостоятельное назначеніе и постоянно имѣющаго особый военный бытъ. Практическое развитіе этихъ отношеній закона заключается въ правѣ кары по отношенію къ тѣмъ лицамъ, которыя откажутся добровольно подчиниться совокупности условій и правовыхъ и этическихъ нормъ, обусловливающихъ дѣятельность солдата, въ цѣляхъ жизненности и силы войска. Вотъ правовое выраженіе этого порядка. Но такъ какъ вышеупомянутыя вліянія воли Верховнаго Вождя, для созданія нужнаго для него умоначертанія войска, обращаются, такъ сказать, изъ жизни къ жизни, то этическія вліянія, дѣйствующія въ жизни, обязательны и для воинской среды. Чувство долга и солидарности, любви къ отечеству, повиновенія и довѣрія къ Вождю, уваженія къ личности подчиненнаго оказываютъ могущественное вліяніе на сознаніе военнослужащихъ, входя также составною частью въ содержаніе понятія дисциплины [1]). Этотъ этическій характеръ элементовъ, построяющихъ идею дисциплины, вступая въ соотношеніе съ чисто юридическимъ основаніемъ ея, заключающимся въ установленіи принципа подчиненности, даетъ себя чувствовать при анализѣ права кары. Именно, мы находимъ здѣсь отсутствіе сколько-нибудь опредѣленныхъ указаній на пограничную черту, за которой кончались бы права воинской власти надъ жизнью и дѣятельностью военнослужащихъ. Я разумѣю здѣсь невозможность точно опредѣлить всѣ проступки, которые явились бы вредными интересамъ дѣятельности войска и постольку подлежащими наказанію. Это обстоятельство было правильно замѣчено Дангельмайеромъ [2]). По замѣчанію Мольтке «дисциплина не можетъ

---

[1]) Zenk—Die öffentl. S. 38. 1896 г. «Задача военнаго повиновенія сознаніемъ добровольнаго подчиненія должна быть связана».

[2]) «Для дисциплинарнаго права нѣтъ основанія nullum crimen sine lege» (военно-этическ. очерки стр. 43), ибо опредѣлить всѣ дѣйствія, которыя охватываются правомъ дисциплинарной кары, невозможно. Военоначальникъ судитъ самъ, гдѣ проступокъ наказывается и опредѣляетъ, по зрѣлому разсмотрѣнію всѣхъ отягчающихъ и уменьшающихъ наказаніе обстоятельствъ (idem).

быть выучена, она должна быть вложена». Состояніе слитія всѣхъ силъ души человѣка съ принципами самоотверженнаго служенія общественному дѣлу входитъ господствующимъ понятіемъ въ сущность этого правопорядка, опредѣляющаго всю дѣятельность дисциплинированнаго солдата. Отсюда необходимо сочетаніе понятій права и морали въ опредѣленіи сущности воинской дисциплины. Такимъ образомъ, порядокъ въ примѣненіи его къ спеціальнымъ цѣлямъ войска, въ своихъ конечныхъ усиліяхъ, есть распредѣленіе самими военнослужащими всей совокупности своихъ поступковъ, чтобы всѣ они какъ можно болѣе согласовались съ конечной цѣлью войска,—побѣдой въ вооруженной борьбѣ [1]). Дѣятельность эта, въ соотношеніи съ цѣлокупностью всѣхъ другихъ, составляетъ систему правъ и обязанностей моральнаго и правового характера, именуемую дисциплиной. Установить, хотя бы вкратцѣ, это понятіе дисциплины мнѣ было необходимо въ двухъ направленіяхъ. Во-первыхъ, система суда такихъ великихъ государствъ, какъ, напримѣръ, Германія, исходитъ изъ понятія дисциплинарнаго права герихтсхерровъ, отождествляемомъ съ правомъ начальствованія. А этотъ принципъ существеннѣйшимъ образомъ отзывается на общемъ устройствѣ суда, не оставляя камня на камнѣ отъ извѣстныхъ намъ началъ независимости, безпристрастія, постоянства и раздѣленія функцій обвинительной и судебной. Во-вторыхъ, и въ странахъ, гдѣ основы военнаго суда возводятся къ государственной власти и въ ней черпаютъ свои права на существованіе, и тамъ постоянно выдвигаются начала дисциплины, вліяющія, по мнѣнію многихъ изслѣдователей на самую постановку, примѣненіе основныхъ вопросовъ уголовнаго процесса къ военной жизни. При этомъ одни изъ принциповъ суда считаются необходимымъ урѣзывать и измѣнять, другіе предлагается подвергнуть полному уничтоженію и все, подъ вліяніемъ такъ или иначе понятыхъ требованій дисциплины.

Но прежде чѣмъ коснуться болѣе подробно вліянія дисциплины на устройство и функціи военнаго суда, необходимо разрѣшить вопросъ, на мой взглядъ, громадной важности, именно—необходимъ ли вообще въ войскѣ судъ въ томъ смыслѣ, какой связанъ съ этимъ именемъ въ наукѣ и практикѣ общегражданской жизни. Быть можетъ, армія въ силу особыхъ условій ея существованія можетъ и даже должна обойтись съ дисциплинарной властью Верховнаго Вождя, передающаго ее въ іерархическомъ порядкѣ подчиненнымъ начальникамъ, для поддержанія правильныхъ основъ воинской жизни. На первый взглядъ это мнѣніе имѣетъ за себя серьезныя основанія и кажется вполнѣ прочно установленнымъ съ логической и правовой стороны. Въ самомъ дѣлѣ, признавая, что войско составляетъ особый организмъ, проникнутый единой волей Верховнаго Вождя, мы тѣмъ самымъ должны утверждать, что эта воля внутри войска составляетъ послѣднее и высшее правило его жизни и дѣятельности. Наконецъ, коль скоро повелѣніе, а не законъ, является организующимъ началомъ въ войскѣ, а повелѣніе въ свою очередь имѣетъ цѣлью установить дисциплину, то выводъ неизбѣженъ, именно, предоставленіе власти кары, исключающей и замѣняющей судебную, въ руки начальника и, стало быть, полное упраздненіе суда и связанныхъ съ нимъ институтовъ. Разъ такіе выводы существуютъ, единственнымъ послѣдовательнымъ исходомъ было бы существованіе единой начальнической воли, не связанной никакими формами, гарантирующими правомѣрное воздаяніе, а руководимой чувствомъ внутреннимъ—чувствомъ справедливости. Однимъ словомъ, на мѣсто процессуальнаго кодекса здѣсь долженъ быть катехизисъ такъ называемаго здраваго смысла. На самомъ дѣлѣ мы видимъ не то, германскій институтъ герихтсхерровъ съ поразительной непослѣдовательностью сочеталъ въ себѣ дискреціонность власти дисциплинарной и формы процессуальныя, вліянія внутренняго чувства и требованія законности, начала повиновенія и правовую свободу. Здѣсь, только въ

---

[1]) Маркъ, стр. 375, цит. соч.

См. интересное опредѣленіе порядка у Ст. Милля въ его «Представительномъ правленіи».

большей мѣрѣ, произошло то компромиссное сліяніе науки и политики, которыя, какъ двѣ совершенно не сродныхъ стихіи, столкнувшись, борятся, разрушая одна другую. Требованія реформы на время замолкли, на мѣстѣ военнаго процессуальнаго права образовалась куча мусора; рядомъ съ остатками высшей цивилизаціи, находятся обломки варварской эпохи. Однако же, самая необходимость такого компромисса съ началами общаго права процессуальнаго показываетъ, что въ доктринѣ не все обстоитъ благополучно.

На самомъ дѣлѣ, для того, чтобы рѣшить вопросъ, нуженъ ли войску судъ, въ полномъ значеніи этого слова и какими принципами должно руководиться, необходимо рѣшить двѣ задачи: 1) является ли дисциплина отраслью права уголовнаго и, затѣмъ, 2) какую роль играетъ понятіе личности съ абстрактнымъ выраженіемъ ея индивидуальныхъ правъ въ общей экономикѣ жизни войска. Въ этомъ отношеніи литература вопроса чрезвычайно бѣдна и, за исключеніемъ немногихъ строкъ, даже у лучшихъ нашихъ юристовъ объ ней ничего не говорится [1]). Нѣкоторые писатели [2]) не видятъ разницы между уголовной и дисциплинарной карами, но огромное большинство, въ томъ числѣ Биндингъ, Листъ, Фингеръ и друг., находятъ невозможнымъ оставлять кары дисциплинарныя въ области уголовно-правовой. Существо дисциплинарной власти состоитъ, согласно сказанному мною выше, изъ системы мѣръ, исходящихъ отъ субъекта дисциплинарнаго велѣнія, въ цѣляхъ поддержанія опредѣленнаго порядка въ войскѣ. Коркуновъ, напримѣръ, полагаетъ, что различія между судебной и дисциплинарной властью по существу нѣтъ, разъ участіе въ извѣстной общественной дѣятельности имѣетъ принудительный характеръ повинности, охраняемый карой. Съ этими положеніями едва ли мыслимо согласиться. Съ точки зрѣнія самого Коркунова, необходимо было бы сначала доказать, что единственнымъ признакомъ права уголовнаго является охрана порядка обязательной общественной дѣятельности. На самомъ дѣлѣ Коркуновъ этого не доказалъ, да врядъ ли смогъ бы это сдѣлать, ибо, какъ я уже указывалъ, уголовное право даетъ скорѣе границы воздержанія отъ дѣятельности, чѣмъ самыя формы дѣйствій общества и лицъ, къ которымъ оно обращаетъ свои нормы. **Затѣмъ уголовное право въ своемъ содержаніи нуждается столько же въ психологическомъ обоснованіи примѣненія кары, именно къ данному субъекту, сколько въ философской подпочвѣ для самаго установленія права кары. Дисциплинарная отвѣтственность знаетъ одинъ законъ неизбѣжный и постоянный, охватывающій всю систему воздѣйствій на виновнаго индивида, весь кругъ его дѣятельности—законъ утилитарный—пользы. Польза цѣлаго, вотъ послѣднее обоснованіе дисциплинарной кары; философское соотвѣтствіе съ началами этики, чувствомъ долга, понятіями справедливости,—вотъ предпосылки, изъ которыхъ исходитъ уголовно-правовая кара.** Въ отношеніи субъекта виновности также громадная разница. Уголовно-правовая норма всегда должна имѣть въ виду соотвѣтствіе волевыхъ намѣреній личности съ совершеннымъ актомъ; отсюда грозное вліяніе мотивовъ въ процессѣ создаетъ понятіе о виновности и наказуемости. Ничего подобнаго мы не наблюдаемъ въ дисциплинѣ. Манлій казнитъ сына, побѣдившаго врага, Сенатъ благодаритъ Варона, преступнымъ образомъ потерявшаго сраженіе,—мыслимо ли что нибудь подобное въ уголовномъ правѣ? Наконецъ, громадная разница въ субъектахъ карательной власти. Субъектомъ уголовной кары является всегда государство какъ цѣлое, имѣющее въ обвинительномъ процессѣ огромное вліяніе въ лицѣ каждаго изъ представителей обвинительной власти на уста-

---

[1]) Объ этомъ Коркуновъ—Госуд. право ч. II стр. 576 и слѣд., 1901 г. Ж. гр. и уг. права ст. Ф. Резона №№ 1 и 2. Фойницкій—Курсъ угол. судопроизв. ч. I, 1902 г., стр. 12. Laband—Das Staatsrecht des Deutschen Reichs I, 1895, S. 441—442. Binding—Handbuch des Strafrehts I 1885, S. 169 и нѣк. друг. Таганцевъ—Русск. угол. право, 1902 г., стр. 61—66.

[2]) Meyer—Lechrbuch des Deutchen Staatsrecht, 1895, S. 453, 454.

новленіе формъ отвѣтственности и понятій вины. При образованіи основъ кары участвуетъ вся группировка государственныхъ усилій, вся даль идеаловъ, путь возможностей, живучесть грезъ, неутомимость цѣлей и ожиданій. Субъектомъ дисциплинарной власти является Верховный Вождь съ подчиненнымъ ему войскомъ, которое имѣетъ лишь спеціальное назначеніе служить средствомъ для достиженія ближайшихъ матеріальныхъ, только государственныхъ потребностей. Генералъ Шерманъ (воен. наука) говоритъ: «армія не общественная организація, но одухотворенная машина въ рукахъ полководца», «законъ повиновенія составляетъ честь и будущность націи и въ ней его необходимо поддерживать [1])». Затѣмъ, крупное различіе еще происходитъ отъ роли суда въ государствѣ и Верховнаго Вождя въ арміи. «Государство, говоритъ Сюессъ [2]), не имѣетъ какого-либо непосредственнаго интереса въ исходѣ правового спора и не должно дѣлать никакихъ исключеній». Лишь заботы о томъ, чтобы право было примѣнено согласно съ закономъ, составляютъ его цѣль; напротивъ, военоначальникъ всегда заинтересованъ въ исходѣ наложеннаго имъ взысканія, ибо часто это послѣднее, хотя бы и неправильно примѣненное, должно оставаться, чтобы не унизить его авторитетъ. Существованіе суда, какъ особаго учрежденія независимаго характера, потому и необходимо, что часто, по вѣрному выраженію Дангельмайера, возможна защита не власти права, а права власти. То понятіе органической связи, которое Маркъ опредѣляетъ какъ заимствованіе права солдатомъ у солдата и требуетъ особой необходимости опредѣленія границъ законной дѣятельности начальника, гдѣ повелѣніе не переходило бы въ произволъ, и не вступало бы въ гибельную борьбу съ закономъ [3]) [4]). «Военная дисциплина должна поддерживаться исключительно строгостью законовъ уголовныхъ, примѣненіе же закона къ виновнымъ должно производиться еще съ большей справедливостью, чѣмъ въ какомъ-либо иномъ быту, въ военной службѣ, ибо въ военномъ быту вслѣдствіе корпоративности, присущей всему военному сословію вообще и каждой отдѣльной части въ особенности, всякій несправедливый обвинительный приговоръ производитъ значительно большее впечатлѣніе, чѣмъ при оправданіи хотя бы и ошибочномъ, ибо подрываетъ довѣріе къ суду, а за нимъ и къ начальнику» [5]). Все это касается соціальной сферы права, въ юридическомъ же его выраженіи отличіе наступаетъ въ области примѣненія кары къ виновнымъ. Здѣсь, въ виду конечнаго торжества выясненія матеріальной истины надъ всѣми побочными требованіями государства (ибо высшимъ обоснованіемъ своимъ государство всегда имѣетъ нормы этики), требуется точная система правилъ ея исканія и юридическихъ гарантій противъ государства индивидууму. Въ дисциплинарномъ производствѣ юридическія гарантіи отсутствуютъ совершенно и вся система держится на признанномъ духовномъ превосходствѣ начальника надъ подчиненными и его чувствѣ справедливости и долга. И такъ несходство, какъ видно, полное. На основаніи изложеннаго, я полагаю несомнѣнно доказаннымъ, полное различіе права дисциплинарнаго и уголовнаго, процесса и дисциплинарнаго производства. Отсюда невозможность замѣнить его въ войскѣ дисциплинарной карой, а стало быть невозможность поставить власть начальника на одинъ уровень съ закономъ государства.

Но я иду далѣе, я допускаю невозможное—полное совпаденіе понятій уголовнаго права и дисциплины и тогда придется признать необходимость существованія суда. Именно въ такомъ случаѣ намъ придется дисциплинарную кару считать карой низшей,

---

[1]) У Zenka, стр. 38.

[2]) Въ цит. соч., стр. 8.

[3]) Объ этомъ Маркъ т. I, стр. 226.

[4]) И Weisle. «Безъ испытаній и изслѣдованій заставлять людей проводить въ жизнь военные законы, это значитъ подвергать людей произволу и лишать ихъ правильной юстиціи».

[5]) Объ этомъ у насъ въ сборникѣ по пересмотру военно-суд. уст. мнѣніе прокур. надзора Петербургск. воен. окр. суда (стр. 213 и слѣд.).

а уголовную высшей, власть начальника, налагающаго ее въ процессуальномъ отношеніи, соотвѣтствующей компетенціи низшаго суда, а такъ какъ власть высшихъ судовъ всегда шире и компетентнѣе низшихъ, то стало быть необходимо, для наиболѣе крупныхъ преступленій, существованіе суда. Идя другой дорогой, мы приходимъ туда же. Вопросъ рѣшенъ. Но изъ необходимости существованія суда не слѣдуетъ еще полное рѣшеніе проблемы, намъ необходимо отвѣтить, какая идея должна лежать въ основѣ этого суда и не будетъ ли его существованіе противорѣчить началамъ дисциплины въ арміи, понимаемой въ ея высшемъ смыслѣ. Какъ право есть выраженіе справедливости, такъ судъ есть органъ права и основаніемъ военно-уголовной кары въ войскѣ должны быть тѣ же начала, охраняющія справедливость, какія необходимо предполагаютъ существованіе суда. Глубоко вѣрную оцѣнку отношеній права и суда въ войскѣ далъ Дальгенмайеръ [1]) [2]). И это тѣмъ болѣе необходимо, что право, какъ я уже говорилъ, и этика находятся между собой въ органической связи и исходя изъ естественныхъ потребностей морали [3]), и утилитарныхъ цѣлей общежитія, закрѣпляютъ необходимость подчиненія имъ угрозой уголовнаго наказанія [4]). Основаніемъ дѣленія всѣхъ человѣческихъ поступковъ на дозволенные или не дозволенные является понятіе полезности ихъ для общежитія съ внѣшней, и соотвѣтствіе справедливости съ внутренней стороны [5]). Эту функцію и выполняетъ справедливость. Подробный анализъ идеи справедливости, по мнѣнію Джона Стюарта Милля, указываетъ, что фундаментальной основой идеи справедливости является сообразность съ закономъ [6]). Одновременно съ тѣмъ, понятіе справедливости, проводимое въ жизнь общества, приводитъ къ общей гармоніи интересовъ. Это заставило еще Аристотеля, отождествлять всеобщее благо съ справедливостью. Прудонъ приходитъ къ этому же выводу другимъ путемъ. Право есть совокупность принциповъ, управляющихъ обществомъ; справедливость въ человѣкѣ есть уваженіе къ этимъ принципамъ и соблюденіе ихъ. Соблюдать справедливость значитъ повиноваться инстинкту [7]) [8]). Точно также и въ жизни арміи, какъ особой соціальной средѣ, развиваются на зарѣ ея существованія извѣстные соціальные принципы поведенія, соотвѣтствующіе понятію справедливаго и несправедливаго, въ связи съ идеей полезнаго и вреднаго для войскового организма. Такимъ образомъ, и вырабатываются нормы военной этики, служащей основаніемъ военно-уголовной кары, ограждающей повиновеніе, мужество, вѣрность знамени и проч. Но если правовые поступки есть минимумъ этическихъ, то дисциплина требуетъ развитія ихъ до максимума въ человѣ-

---

[1]) «Мы основываемъ право не на пользѣ и не на присягѣ, но на справедливости. И если въ карѣ преслѣдуются и другія цѣли, то онѣ не являются основой наказанія, болѣе говорю, справедливости бы противорѣчило, если бы для устрашенія было вынесено обвиненіе». Dangelmaier—Philosophie des Militärrecht, S. 26 и 30. Объ этомъ же Fouillèe—цит. соч., p. 34—35, 44, 47—48 и Cournot—Consideration sur le marschen t. II, p. 268—269, 271, и слѣд.

[2]) Duguiit—L'ètat le droit § 2, p. 9 и слѣд. t. I и p. 279 и слѣд.

[3]) По словамъ Биндинга, кладя въ основу свою 10 заповѣдей.

[4]) Объ этомъ Hekkel—Die Weltratsel 7 изд. Bonn, стр. 403 и 404. Дангельмайеръ—цит. соч., стр. 58 и слѣд. Filosophie.

[5]) «Кромѣ желанія и возможности достигнуть общаго счастья, весьма важно, чтобы люди шли къ этой общей работѣ, не мѣшая другъ другу и не нанося одинъ другому вреда». Россель Дж. Стюартъ Милль и его школа—Вѣстн. Европы, 1874 г., кн. VIII, стр. 695.

[6]) Если не во всѣхъ языкахъ, то по крайней мѣрѣ въ большей части этимологія слова соотвѣтствуетъ англійскому j'ust, указывая на связь его съ положительнымъ закономъ, или съ тѣмъ, что составляетъ первоначальную формулу закона, т. е. съ обычаемъ. Дальнѣйшимъ отличіемъ справедливости являются по Миллю идея личнаго права, входящаго въ нее. Объ этомъ Утилитаризмъ, стр. 96—116, 1866 г.

[7]) Что такое собствен. 1904 г., стр. 209. Петербургъ.

[8]) L. Stein—Gegenwart u s. v. S. 94. Іерингъ—Духъ римск. права, стр. 180 и слѣд. Новгородцевъ—Кантъ и Гегель въ ихъ ученіи о правѣ и государствѣ, 1901 г., стр. 89. Москва.

ческомъ поведеніи и поскольку идеальное осуществленіе ихъ немыслимо для всѣхъ людей, идеалы дисциплины и суда совершенно отличны. Судъ обязанъ карать лишь максимумы допустимыхъ уклоненій отъ нормъ военной этики; дисциплинарныя кары, обрушиваются, по самому существу своему, на минимумы этихъ послѣднихъ. Признавъ необходимымъ существованіе суда въ арміи, мы тѣмъ самымъ еще не окончили принятой на себя задачи.

Пусть судъ необходимъ, но нуженъ ли судъ особый, военный, выполняемый спеціалистами военнаго дѣла и юристами одновременно, или такой судъ арміи можетъ быть общимъ съ гражданами. Обыкновенно на это въ военной литературѣ отвѣчаютъ въ смыслѣ необходимости военныхъ судовъ, принаровленныхъ къ характеру дѣятельности войска. Прадіе Фодере считаетъ такую необходимость обусловленной двоякимъ характеромъ военнослужащихъ, совмѣщающихъ въ себѣ обязанности гражданина и особенности званія солдата. Это обстоятельство требуетъ, по его мнѣнію, въ интересахъ поддержанія дисциплины чрезвычайно суровой кары [1]). Основаніемъ учрежденія особыхъ военныхъ судовъ въ практической жизни, учредительное собраніе Франціи указывало въ законѣ 15-го Сентября 1790 г. поддержаніе главной силы арміи, которая заключается въ дисциплинѣ [2]). М. Ори обсуждалъ эти же вопросы въ своемъ соч. [3]) и пришелъ къ заключенію, что обоснованіемъ особыхъ военныхъ судовъ должно служить право—войны, во время которой всѣ преступленія, безотносительно къ субъекту виновности, судятся военными судами. Дальнѣйшимъ обоснованіемъ существованія особыхъ военныхъ судовъ служатъ чрезвычайно лестные отзывы, которые имъ даются отъ гражданскихъ юристовъ. Губеръ Валлеру разсказываетъ, что въ эпоху 1870—71 гг. ему приходилось болѣе ста разъ защищать передъ военными судами, въ самой неблагопріятной обстановкѣ и, однако, по его словамъ, военные суды блестяще справлялись съ своей задачей [4]). Вейсль, у котораго я заимствовалъ эту цитату [5]) полагаетъ, что эти слова являются самой сильной защитой, изъ когда либо произнесенныхъ, за сохраненіе военныхъ судовъ [6]). Это дѣйствительно очень выгодно отличается отъ наивныхъ мотивовъ нѣмецкаго кодекса, которые откровенно говорятъ, что особые суды необходимы, чтобы въ нихъ не умножился юридическій элементъ. Затѣмъ, необходимость существованія особыхъ военныхъ судовъ доказывается еще большею пригодностью офицера какъ судьи вообще и какъ судьи солдата въ особенности. Указывается на большую интеллигентность офицера и, стало быть, большую возможность вынести тяжкое напряженіе всѣхъ силъ духа, которое всегда требуетъ процедура суда. Кромѣ того, офицеръ какъ лицо отлично знакомое съ условіями военнаго быта, почерпнутыми изъ дѣйствительной жизни, является какъ бы естественнымъ и потому незамѣнимымъ судьей солдата. Военный судъ далѣе считается лучшимъ способомъ поддержанія дисциплины въ

---

[1]) «Эта драконовская жестокость военнаго законодательства должна быть проявлена съ неумолимою строгостью, подъ давленіемъ необходимости имѣть армію годную въ борьбѣ» Commentaire sur le code, de justice militaire 1873 M. P. Pradier Fodèrè et M. Amedèe le Faure p. XX, XXI. Paris.

[2]) Id. XVIII.

[3]) Sur le recrutement et la condition juridique des militaires à Rome dans l'ancien droit et dans le droit moderne. (У Прадье Фодере).

[4]) Слѣдственные офицеры были завалены дѣломъ, обстоятельства дѣла всегда трудно опредѣлялись ибо общественныя власти еще не функціонировали правильно, свидѣтелей не было, даже тождество личности, обвиняемаго зачастую не было доказано, и не смотря на все это, я никогда не видалъ судей, такъ энергично стремящихся къ истинѣ, которые бы больше проявляли чувства справедливости, чѣмъ военные судьи.

Они показали полнѣйшую независимость мнѣній даже къ обвиняемымъ, которые являлись ихъ вооруженными врагами!!.

[5]) Der neue Gesetzentvurf der Franzosichen Militär Strafprocessordnung 1902 S. 4, 5, 7.

[6]) Id., стр. 6.

войскѣ [1]). Имперскій канцлеръ Каприви въ засѣданіи 15-го февраля 1892 года, при обсужденіи началъ будущей реформы уголовныхъ кодексовъ Германіи, опредѣлилъ критеріемъ ея отношеніе между справедливостью и дисциплиной. По характерному его выраженію: «армія имѣетъ большой интересъ въ томъ, чтобы упражняться въ справедливости, такъ какъ безъ справедливости дисциплина не можетъ быть прочной». Указываютъ далѣе, какъ на существенную разницу въ организаціи военныхъ и гражданскихъ судовъ, необходимость особаго судопроизводства на войнѣ. Разъ назначеніе войска въ мірѣ быть готовымъ къ войнѣ, то отсюда, казалось бы, не трудно сдѣлать логическое заключеніе о необходимости формъ суда приспособленнаго къ условіямъ военной обстановки [2]). Отсюда понятенъ и выводъ: военное право для войска должно быть черпаемо изъ войска же. Подтвержденіе этого начала видятъ въ неизмѣнной повторяемости исторіей этой формы войсковыхъ судовъ во всѣ времена и у всѣхъ народовъ. При чемъ, нѣкоторые авторы, напримѣръ Маркъ, подкрѣпляютъ свои соображенія еще тѣмъ, что если военная подсудность истекаетъ изъ командной власти, то и судьями могутъ быть лишь лица, отъ нея зависящія [3]). Право на существованіе военнаго суда укрѣпляется еще болѣе тѣмъ соображеніемъ, что для военно-служащаго лишь авторитетъ военнаго судьи можетъ имѣть рѣшающее значеніе и только онъ найдетъ въ арміи поддержку [4]). Хагемейстеръ въ рейхстагѣ Сѣв.-Германскаго союза 31 марта 1870 г. говорилъ: «учрежденіе военныхъ судовъ черезъ посредство военоначальниковъ зависитъ и связано съ духомъ товарищеской чести» [5]). Существеннымъ признакомъ военнаго суда нѣкоторые писатели, напр. Дагельмайеръ, считаютъ его бо́льшій консерватизмъ, т. е. большее стремленіе сохранить пріобрѣтенныя формы суда, выработанныя грозными испытаніями военной жизни. Говорится далѣе, что опыты въ отношеніи реформы, если они неудачны, особенно опасны для войска [6]). Затѣмъ далѣе процессъ военный считаютъ нужнымъ конструировать, такъ сказать, на скорость, полагая основнымъ правиломъ военнаго суда быстроту, ибо «цѣль дѣйствія на обвиняемаго и на войско состоитъ въ томъ, чтобы наказаніе слѣдовало за правонарушеніемъ, какъ громъ за молніей» [7]). Исторически объясняется также необходимость особыхъ судовъ еще и тѣмъ, что опыты общности дали печальные результаты. Указываютъ, что съ марта 1793 г. по іюль 1794 г. 43 самыхъ благородныхъ и извѣстныхъ французскихъ генерала были казнены невѣжественными судами. Въ числѣ ихъ были такія незамѣнимыя утраты, какъ — Люкнеръ, Гушардъ, Кюстинъ, Вестерманъ, О'Моранъ, Беарне, Вейсеръ и друг. Въ Афинахъ также, при отсутствіи спеціальныхъ судовъ, произволъ суверенной власти народа былъ такъ великъ, что двѣ триремы, Паросъ и Саламинъ, стояли постоянно наготовѣ, чтобы отвозить въ изгнаніе провинившихся военоначальниковъ. Чисто военное преступленіе можетъ судить только военный судья и въ минуты, непосредственно слѣдующія послѣ проигрыша войны, только въ этомъ судѣ найдется независимость противъ односторонности, противъ политической тенденціи, противъ каприза и мести возбужденной массы!!.. Въ виду чрезвычайной важности опредѣленнаго рѣшенія

---

[1]) Dangelmaier—Militärrechtl. Abh. 1893, 161 и 157. Wien.

[2]) Mark, I, S. 220—221.

[3]) «Только органы и субъекты военнаго воспитанія могутъ быть судьями, если авторитетъ въ войскѣ долженъ быть только одинъ военный, то только военные органы могутъ выполнять судебныя обязанности, если на войнѣ каждый долженъ быть за всѣхъ, и всѣ за одного, то солдатъ долженъ черпать свое право у солдата» ч. II, стр. 13.

[4]) Маркъ, ч. I, стр. XXII. Объ этомъ же Штейнъ, стр. 235.

[5]) 31 Sitz S. 567.

[6]) Philosophie u. s. v. 1896, стр. 12, и Штейнъ—Осн. воен. быта, стр. 231—233; Маркъ, ч. I, стр. 323—325, ч. II, стр. 15, 14, 16, 17 и Dangelmaier—Militärrechtl. Abh. 1893, S. 161, 157. Zenk.—цит. соч.

[7]) Маркъ, ч. II. стр. 20 и слѣд.

вопроса, имѣютъ или нѣтъ военные суды за собой принципіальное право на существованіе, я позволю себѣ разобрать нѣкоторыя изъ выставленныхъ доказательствъ. Прежде всего надо замѣтить, что, по существу, списокъ приведенныхъ данныхъ можно считать исчерпывающимъ въ военной литературѣ, и все же главныхъ основаній, соціологическихъ—съ одной стороны и юридическихъ—съ другой, онъ не выставляетъ. Начнемъ съ наиболѣе распространенныхъ въ доктринѣ доказательствъ, приведенныхъ Ори и Форомъ. «Для поддержанія дисциплины въ суровомъ дѣлѣ войны требуются и суровые законы, которые могутъ дать лишь военные суды». Но для существованія государства не менѣе опасны всѣ политическія преступленія, направленныя часто, какъ, напримѣръ, «пропаганда анархистовъ дѣйствія», на самые дорогіе государственные интересы и, однако же, въ наукѣ уже давнымъ-давно установилось, какъ принципъ, правило сужденія ихъ общими судами. Мало того, въ историческомъ теченіи уголовно-правового процесса, на протяженіи вѣковъ, мы находимъ настойчивую и неослабную борьбу массъ народа и умовъ юридическихъ именно за распространеніе общихъ принциповъ правосудія, какъ разъ на болѣе тяжкія преступленія. Исторія Англіи тому блестящій примѣръ. Отсюда этотъ принципъ попадаетъ прямо въ политическія конституціи, становясь въ число фундаментальныхъ основаній публичнаго права. Параграфы 2 и 3 закона 27-го октября 1862 г. № 87 R. G. B.; ст. 3-я и 6-я закона 21-го декабря 1867 года № 144 R. G. B. для Австріи, ст. 71 закона 4-го марта 1848 года для Италіи; 155, 165 и 166 ст. ст. зак. 30 ноября 1887 г. для Нидерландовъ; ст. ст. 86, 92, 93, 91 зак. 31 января 1850 г. для Пруссіи и т. д.—говорятъ о необходимости распространенія судовъ на всѣ преступленія гражданъ. Я полагаю достаточнымъ этого, чтобы совершенно доказать неправильность мнѣнія Прадье Фодере и всѣхъ, кто съ нимъ въ наукѣ солидаренъ. Разсмотримъ доводы Вейсля, которые, между прочимъ, основаны на отзывахъ французскихъ юристовъ, благопріятныхъ существованію военныхъ судовъ. Но это скорѣе не доводы, а примѣръ, правда яркій, но тотчасъ же умирающій въ блескѣ другихъ, еще болѣе блестящихъ примѣровъ, обнаруживающихъ возможность громадной величины пристрастія и невѣжества военнаго суда. Возьмемъ хотя дѣло капитана Дрейфуса, поднявшее на ноги весь міръ, чтобы убѣдиться, что примѣромъ доктрина не обусловливается и научныя основанія не создаются. Доводы Вейсля, что офицеръ болѣе интелигентенъ, чѣмъ обычный присяжный, могутъ касаться только способовъ комплектованія присяжныхъ, а не самаго существа института, который принципіально уязвимъ или нѣтъ одинаково въ своемъ примѣненіи къ общему или военному судамъ. Дальнѣйшія доказательства состоятъ въ томъ, что войско, готовясь и организуясь для войны, должно вырабатывать и право, къ войнѣ же приспособленное. Мотивы къ Германскому военному кодексу такъ говорятъ объ этомъ: «Дѣйствительный солдатъ долженъ утвердиться на томъ чувствѣ, что онъ всецѣло принадлежитъ войску, когда дѣло касается случаевъ касающихся военной дисциплины, а для этого необходимы особые суды» [1]). Это доказательство, приводимое столь серьезными учеными какъ Вейсль, Маркъ, Ценкъ, Дангельмайеръ и друг., прежде всего уничтожается самымъ фактомъ всемірной процессуальной жизни. Въ арміяхъ всѣхъ государствъ наблюдается какъ разъ обратное движеніе все большаго и большаго сближенія военнаго права и процесса съ общими, до ихъ полнаго поглощенія (примѣръ послѣдній—проектъ законод. Франціи). Что касается до построенія военныхъ судовъ исключительно по началамъ, требуемымъ войною, слѣдуетъ указать на существованіе множества спеціальныхъ подробностей въ процессѣ, абсолютно недостижимыхъ во время войны. Причины этого вполнѣ понятны и я ихъ покажу ниже

---

[1]) Neue Gesetz. 1902 г., стр. 7. Вейсль объ этомъ говоритъ иронически, что въ Австріи, Баваріи и Россіи солдаты уже десятки лѣтъ «сомнѣваются» въ своемъ «солдатскомъ чувствѣ», такъ какъ по денежнымъ преступленіямъ, а также нарушеніямъ правилъ межевыхъ и объ охотѣ, они подсудны гражданскимъ судамъ.

обстоятельно. А затѣмъ имъ необходимо было бы доказать дѣйствительную неизбѣжность особыхъ, самостоятельныхъ формъ военнаго суда, для достиженія успѣха въ бою, а этого они даже и не пытались доказывать. Доводы Марка, кромѣ того, обращаются прямо противъ него самого. Онъ доказываетъ необходимость военной подсудности изведеніемъ ея изъ права командной власти, а не закона государства, а если это такъ, то при громкихъ протестахъ, раздававшихся въ самой Германіи противъ этихъ началъ, и абсолютно обратнымъ имъ принципамъ, принятымъ въ такихъ великихъ государствахъ, какъ Россія, и еще болѣе по проекту послѣдняго закона во Франціи,—это можетъ доказать все, что угодно, но только не то, о чемъ заботится Маркъ. То же самое слѣдуетъ сказать объ историческихъ примѣрахъ Ценка, ибо въ той же приводимой имъ древности, положимъ въ Римѣ или у Германцевъ, гдѣ народъ и войско сливались въ единое цѣлое, суды дѣйствовали вполнѣ нормально. Единственное, сколько нибудь серьезное доказательство—это совершенно иного характера [1]). Назначеніе суда есть исканіе матеріальной истины, а эта послѣдняя состоитъ изъ ряда мелочей, которыя могутъ быть понятны и доступны только лицу, хорошо знающему какъ они слагаются, т. е. офицеру. Это доказательство дѣйствительно сильное, но оно не принципіальнаго характера,—въ этомъ его бѣда. Если ставить вопросъ о бо̀льшей цѣлесообразности функцій, тогда конечно судьи-спеціалисты имѣютъ бо̀льшую возможность разобраться въ сложныхъ вопросахъ жизни, но это касается уже не понятія суда въ его цѣломъ, а лишь распространенія принципа «участія народа» и на военные суды, что далеко не одно и то же. Истинная сущность процесса заключается въ исканіи матеріальной правды и затѣмъ примѣненіи закона къ виновному. Отсюда невозможность направленія въ судъ приказаній, ибо авторитетъ, какъ бы онъ ни былъ абсолютенъ, ничего выяснить не можетъ и долженъ обращаться къ изысканію причинъ возникновенія событія. Это принудительно вытекаетъ, разъ мы признаемъ, что понятіе о справедливомъ и нравственномъ присуще военоначальнику, какъ и всякому человѣку. Примѣняя установленный выше методъ, мы найдемъ, что особая военная подсудность можетъ быть признана болѣе цѣлесообразной для арміи съ двухъ точекъ зрѣнія, соціологической и правовой. Жизнь отдѣльныхъ человѣческихъ группъ чрезвычайно пластична, въ смыслѣ возможности формироваться въ зависимости отъ вліяній идей развивающихся внутри и заимствованій навыковъ, находящихся во внѣ такихъ соціальныхъ образованій. При этомъ наблюдается, уже изложенная мною выше, зависимость индивидуальной воли отъ настроенія общественнаго цѣлаго и расширеніе моральной и правовой свободы индивида, идущее параллельно съ умноженіемъ связей между нимъ и соціальнымъ цѣлымъ. Въ этомъ положеніи группа является синтезирующимъ началомъ, усиливая соціальныя тенденціи, которыя и ослабляютъ обратныя свойства человѣческой природы [2]). Въ этомъ отношеніи система доказательствъ, необходимая для признанія за личностью авторства нарушенія извѣстной уголовной нормы, нуждается въ различномъ совершенно обоснованіи, для выработки въ судьяхъ увѣренности въ совершеніи его опредѣленнымъ субъектомъ. Тардъ первый указалъ на это обстоятельство въ своихъ статьяхъ [3]), подтвердивъ, что увѣренность можетъ имѣть не только степень, но даже мѣру. Процессъ психологическаго убѣжденія, проходящій въ душѣ судьи, направляетъ силы его анализа на недостаточно доказанную причинную связь между дѣяніемъ и подсудимымъ. Эта степень необходимыхъ доказательствъ имѣетъ растяжимость въ зависимости отъ соціальнаго положенія судьи и подсудимаго, а равно и способовъ, и формъ, годныхъ для установленія ея максимума—достовѣрности. «Ничего нѣтъ разнообразнѣе степени увѣренности,

---

[1]) Маркъ, стр. 326 примѣч. 2-е и ч. II-я, стр. 14—15.

[2]) Объ этомъ De Greef—Les lois sociologique. 150—151, Paris, 1893.

[3]) Revue Philosophique за августъ и сентябрь 1880 г.

отъ которой зависитъ обвиненіе людей. Она измѣняется отъ нуля до безконечности, отъ простого подозрѣнія до очевидности, отъ сомнѣнія до увѣренности» [1]). Передъ судьей развертывается громадный фронтъ вопросовъ, касающихся сфинкса преступленія, сложная цѣпь фактовъ и доводовъ, приливы и отливы множественныхъ антитезъ. Какъ тучи по морю, бѣгутъ факты въ полѣ его мысли и каждый предметъ окружающаго міра отбрасываетъ тѣнь на экранъ его ума. Здѣсь-то и важна для приведенія въ систему всѣхъ наблюденій выработка извѣстнаго соціологическаго инстинкта, подсказывающаго важность или неважность возникающихъ сомнѣній и общее значеніе признаковъ преступленія для бытія соціальнаго цѣлаго.

При чрезвычайной условности понятія преступнаго вообще [2]), а антидисциплинарнаго въ особенности, этотъ соціологическій навыкъ отличать полезное отъ ненужнаго въ сферѣ признаковъ играетъ для судьи чрезвычайную роль. Въ этомъ отношеніи военный судья лучше вооруженъ и потому болѣе пригоденъ для изслѣдованія преступленій, возникшихъ въ соціальной средѣ ему однородной. Въ данномъ случаѣ военный судъ легче усваиваетъ себѣ самую причинность преступленія, если понимать причину какъ Юмъ [3]). Вотъ потому то военный судъ можетъ считаться болѣе приспособленнымъ въ силу общей соціологической связи судьи и судимаго, воли дѣятельной и воли воспринимающей [4]). Въ этомъ отношеніи военный судъ является только лишней спеціальной функціей раздѣленія труда въ мірѣ юридическихъ отношеній и совершенно походитъ на особые виды судовъ, коммерческихъ, административныхъ, примирительныхъ камеръ, и т. д. Въ юридическомъ своемъ выраженіи, понятіе военнаго суда соотвѣтствуетъ системѣ правилъ, при посредствѣ которыхъ, примѣняясь къ особенностямъ данной группировки соціальныхъ отношеній, судья получаетъ критерій для опредѣленія преступности и преступленія. Но легко видѣть, что различіе не составляетъ существеннаго значенія и оказывается при анализѣ нашемъ количественнаго, а не качественнаго содержанія. Наконецъ, при трансформаціи способовъ преступленія, всегда наблюдающихся въ развивающихся человѣческихъ группахъ, военный судья легче замѣтитъ тѣ пути, на которые вступитъ увлекаемая подражательнымъ теченіемъ личность и сможетъ выдѣлить ихъ изъ массы старыхъ, введя новыя правила изслѣдованія. «Правовая жизнь всякой эпохи, говоритъ Штейнъ, въ концѣ концовъ только юридически формулированное послѣдствіе данныхъ общественныхъ отношеній» [5]). Здѣсь уже сказывается обратное вліяніе личности на судью, на стороны, въ процессѣ, но, какъ опять-таки очевидно, тоже количественнаго, а не качественнаго значенія. И такъ, сводя все сказанное, я полагаю доказаннымъ признаніе большей цѣлесообразности устройства спеціальнаго вида судовъ въ арміи, но при этомъ столь же доказаннымъ, что принципіальнаго значенія этотъ вопросъ не имѣетъ и потому учрежденіе судовъ общегражданскихъ съ добавленіемъ въ нихъ лишь опредѣленнаго количества военныхъ судей-экспертовъ, какъ это дѣлаетъ французскій проектъ, не противорѣчитъ научнымъ основаніямъ суда. Потому-то онъ оказался принятымъ комиссіей лучшихъ французскихъ юристовъ. Напротивъ, научному понятію основныхъ принциповъ суда глубоко противорѣчитъ институтъ Германскихъ герихтсхеровъ. Вѣдь основнымъ принципомъ уголовнаго процесса придется признать такое основаніе, при извращеніи или отсутствіи котораго окажется или невозможнымъ полное уясненіе истины, или вѣроятность ея столь неустойчивой, что разсчитывать на нее невозможно. И вотъ, существованіе суда, покоящагося на

---

[1]) Сравнительн. преступность, 1907 г., стр. 158. Москва.

[2]) См. объ этомъ Тардъ—цит. соч., стр. 30—33.

[3]) Причинность по Юму заключается въ проявленіи повторяющихся послѣдствій и субстанціальный объектъ по отношенію къ намъ является лишь синтезомъ нашихъ собственныхъ чувственныхъ воспріятій.

[4]) Объ этомъ Штейнъ, стр. 209.

[5]) Стр. 211 цит. соч.

институтѣ командой власти начальника, совершенно устраняетъ возможность признать его опирающимся на научные выводы и соотвѣтствующимъ понятіямъ права. Интересно, что въ старѣйшемъ германскомъ процессѣ, дѣйствовавшемъ въ Гусситскомъ войскѣ въ Богеміи въ 1413 г. при королѣ Венцелѣ IV, было сказано: «начальникъ при судѣ надъ подчиненнымъ, нарушившимъ дисциплину или субординацію, не можетъ присутствовать [1]). Я говорилъ уже, что основныя теченія новѣйшаго военно-уголовнаго процесса, вслѣдствіе введенія всеобщей воинской повинности, намѣчаютъ все большее сближеніе съ правомъ гражданскимъ, стремясь выдѣлить изъ прежняго широкаго понятія военной подсудности всю цѣлокупность общегражданскихъ правонарушеній, передавая ее общему правосудію. Эти принципы особенно ярко вырисовываются во французскомъ революціонномъ законодательствѣ [2]) и затѣмъ они же побѣдоносно переходятъ въ Германію. Въ Пруссіи, напримѣръ, ограничено существованіе военной подсудности, по гражданскимъ дѣламъ, закономъ 19-го іюня 1809 года. Въ то время какъ французское право приняло систему законодательныхъ полномочій суда и потому ревизію и кассацію приговора, германская доктрина основывалась на признаніи творчества суда командной властью. Поэтому командиру принадлежало право созыва суда и руководство его дѣйствіемъ, ст. 12, 13 уст. воен. угол. судопр. Герм. импер. 1899 г. Отсюда же вытекаетъ различіе высшихъ и низшихъ судовъ (ст. 15—18 того же устава) и совершенно ненормальное положеніе аудиторіата. Напротивъ, французская система знаетъ не апелляцію въ точномъ смыслѣ, а лишь поводы ревизіи дѣлъ, рѣшенія военныхъ судовъ безапелляціонны въ отношеніи сущности дѣла (ст. 73 code de just. milit. ст. 72 и 74). Въ Германіи напротивъ допущена возможность постепенныхъ инстанцій и приговоръ можетъ быть обжалованъ какъ въ фактическомъ, такъ и въ юридическомъ отношеніяхъ (ст. 378 Герм. в. с. у.). Кромѣ того, вводится совершенно несудебный институтъ карательныхъ приказовъ (ст. 349 Герм. в. у.). Требуется утвержденіе приговора высшимъ военоначальникомъ, ибо судъ творится его властью, а не именемъ закона (ст. 416—418 в. у. у. Герм.). Я полагаю, изъ только что сказаннаго видно, какую громадную роль играетъ признаніе въ военномъ судѣ отличныхъ отъ общаго права началъ, и потому постараюсь привести ученіе германской доктрины, пытающейся оправдать сказанныя глубокія извращенія основныхъ началъ процесса. Чрезвычайно удачное опредѣленіе герихтсхерра сдѣлалъ канцлеръ Каприви, въ памятномъ засѣданіи 15-го декабря 1892 г.: «владѣтель суда есть не только то лицо, которое имѣетъ право уголовнаго преслѣдованія, но въ концѣ концовъ признанный замѣстителемъ Верховнаго Властителя, имѣющій право при утвержденіи смягчать приговоръ». Маркъ, касаясь этого вопроса [3]), весьма недвусмысленно намекаетъ на обезпеченіе вліянія военной власти въ процессѣ [4]) благодаря институту герихтсхеровъ, т. е. прямо указываетъ на отрицаніе всякой возможности самостоятельнаго и по стольку правильнаго суда. Исходя затѣмъ изъ совершенно правильной мысли, что солдатъ въ войскѣ въ общемъ является объектомъ воспитанія, какъ гражданинъ въ общемъ процессѣ есть объектъ изслѣдованія, онъ дѣлаетъ совершенно внезапный скачекъ и устраиваетъ то, что въ логикѣ извѣстно подъ именемъ petitto principi [5]). Далѣе германск. доктрина подраздѣляетъ

---

[1]) Объ этомъ Meynert—Geschichte der Osteireichischen Armee. I, 73, 80 1852.

[2]) Декретъ 22-го сентября 1790 г. особенно ст. I-я его, затѣмъ 28 августа 1791 г. и 30 сентября и 19 октября 1791 г. и 12 мая 1793 г. организов. порядокъ судопроизв.

[3]) Ч. I, стр. 240—241.

[4]) Ч. II, стр. 205: «нужно, чтобы высшая подсудность охватывала низшую и чтобы высшій герихтсхерръ распоряжался низшимъ, какъ средствомъ закона».

[5]) Онъ совершенно неожиданно заявляетъ: такъ какъ военная подсудность покоится на основаніи дисциплинарной карательной власти, какъ средствѣ воспитанія въ особенномъ смыслѣ, то она состоитъ въ делегаціи командной власти отдающему приказаніе § 5 disc. strafordn. (Объ этомъ Маркъ, ч. II, стр. 22 и 23).

это командное право суда на двѣ части. Верховный вождь, делегирующій право, и герихтсхерръ, получающій его (имѣющій право утвержденія). Первый пользуется правомъ осуществленія судебной власти, второй—еще и правомъ смягченія приговора [1]). При этомъ,—такъ какъ положеніе очень непріятно и отступленіе отъ началъ дѣйствительнаго суда, а не его фикцій, слишкомъ велики,—Маркъ откровенно признаетъ обязательство проникновенія военнаго процесса инквизиціоннымъ началомъ. Какой странной смѣсью добрыхъ пожеланій и ада, который ими вымощенъ, звучатъ слова Марка о несомнѣнности положенія чтобы порядокъ военнаго суда въ его существѣ былъ постояненъ, чтобы суды въ войскѣ имѣли устройство уголовныхъ судовъ и т. д. И затѣмъ рядомъ принадлежность права суда командной власти, полная изоляція отъ обще-судебнаго вліянія высшихъ военныхъ судовъ, къ которымъ онъ стремится [2]). По-истинѣ—горячій ледъ и сухая вода не меньшія нелѣпости, чѣмъ эти сопоставленія. Я показалъ уже выше необходимость строжайшей законности въ точно опредѣленныхъ границахъ для созданія нормальныхъ отношеній въ войскѣ, теперь мнѣ приходится только указать лишь на полное отсутствіе судебной перспективы при разсмотрѣніи въ судѣ какого-либо проступка, затрогивающаго особенно сильно личность герихтсхерра непосредственно. Въ такомъ случаѣ, правильный поединокъ, обвинителя и обвиняемаго, передъ лицомъ независимаго суда превращается въ борьбу двухъ лицъ, сошедшихся такъ близко, что ударъ шпаги уже невозможенъ. Тогда они схватываются грудь съ грудью и болѣе сильный задушитъ слабаго. Сколько нибудь безпристрастное рѣшеніе вопроса окажется конечно невозможнымъ, та вѣра въ верховную справедливость, которая проникая войско способствуетъ подъему воинскаго духа, должна будетъ замѣниться опасеніями пристрастія и ненавистью къ произволу.

Мотивы къ нѣмецк. процессуальному закону 1899 г. объясняютъ право владѣтеля суда тѣмъ, «что на немъ покоится авторитетъ высшаго военнаго начальника, на которомъ и утверждается «тайна» военнаго послушанія и воинской дисциплины. Наивность этихъ разсужденій, стремящихся сдѣлать изъ естественныхъ, жизненныхъ функцій военной власти какой то схоластическій авторитетъ, спрятавъ его въ скинію тайны, сдѣлается вполнѣ очевидной, если мы приведемъ глубокія слова Декарта. Въ разсужденіи, касающемся вопроса о воинскомъ мужествѣ, много ранѣе мистическихъ составителей нѣмецкаго кодекса, Декартъ, въ своемъ сочиненіи Les passions de l'âme [3]), писалъ: «чтобы возбудить въ себѣ мужество и уничтожить опасеніе, недостаточно имѣть волю, но нужно стремиться знать причину и всѣ обстоятельства, которыя убѣдили бы насъ, что насъ ожидаетъ радость и слава, если мы побѣдимъ, и что, напротивъ, насъ будетъ преслѣдовать стыдъ и сожалѣніе въ случаѣ бѣгства». Дисциплина имѣетъ своимъ назначеніемъ противопоставить неорганизованному хаотическому инстинкту самосохраненія приведенный въ систему строй волевыхъ импульсовъ, созданіе правовыхъ навыковъ, которые помогли бы воину устоять передъ натискомъ врага, хотя бы рискуя собственной жизью. Значитъ дисциплина—въ системѣ. Противопоставляя разнородному инстинкту самосохраненія сумму однородныхъ идей и организованныхъ желаній, она тѣмъ самымъ создаетъ неодолимую массу силъ и симпатій, которыя являются условіемъ побѣды. Это не достигается «тайной». Понятны поэтому становятся слова Вейсля, назвавшаго эту фразу пустой и указывавшаго на принципы французскихъ армій революціи, впослѣдствіи Наполеона, гдѣ при совершенно обратныхъ взглядахъ была образцовая дисциплина. Мотивы къ нѣмецкому военному процессу, предложенному рейхстагомъ, ссылаются далѣе на необходимость владѣтеля суда, какъ на право войска имѣть самостоятельные

[1]) (Право милости), утвержденія его и ревизіи. Маркъ, ч. II, стр. 206.
[2]) Маркъ, ч. II стр. 399 и 411.
[3]) Art. XLV. 1-re part.

суды. Но легко понять конечно всю наивность такого смѣшенія, ибо совершенная произвольность переноса абстрактнаго понятія военной подсудности на голову конкретнаго носителя командной власти, очевидно, недопустима. Въ этомъ отношеніи можно сослаться на великолѣпный примѣръ нашего отечества, ничего общаго съ германскимъ принципомъ герихтсхерровъ въ судебномъ процессѣ не имѣющій. Черпая свое право изъ безличнаго величія закона, наши военные суды справлялись блестяще съ труднѣйшими задачами права. То же самое можно сказать про Францію. Мотивы ссылаются далѣе на необходимость «соединенія военной судебной власти съ правомъ командованія, которое должно имѣть рѣшительное преобладаніе надъ всѣми остальными соображеніями, такъ какъ они находятся въ тѣсной зависимости дисциплины и отвѣтственности, которыя недѣлимы». Но паразительная непослѣдовательность мысли сказывалась въ нѣсколькихъ строкахъ ниже, гдѣ тѣ же авторы совершенно опредѣленно утверждаютъ, что „военная судебная власть принадлежитъ частью владѣтелю суда, а частью рѣшающему судьѣ“ [1]). Этого мало, разъ взятый неправильно принципъ давитъ на всю систему какъ бремя «первороднаго грѣха» и ведетъ къ ряду разрушительныхъ противорѣчій. Мотивы требуютъ выдѣленія сферы (внутренней) предварительнаго слѣдствія отъ вліяній герихтсхерровъ. Почему, передавая ему все вліяніе, связанное съ судебнымъ слѣдствіемъ и приговоромъ, внезапно спохватываться и дѣлать видъ, что боишься произвола? Тогда утвержденіе мотивовъ, что «созданіе независимыхъ судовъ и военныхъ слѣдователей во Франціи и Россіи является основаніемъ къ умаленію власти командного элемента», носитъ уже прямо-таки курьезный характеръ покушенія съ негодными средствами. Дѣйствительно, уже черезъ годъ послѣ введенія новаго закона, въ рейхсгеррихсратѣ, членъ его Штейкгель назвалъ всѣ мотивы нѣмецкой военной подсудности «большимъ заблужденіемъ» (обманомъ) и такимъ образомъ вполнѣ очевидная, со стороны, нелѣпость этого института стала признанной и у себя на родинѣ. Какой жалкой пародіей звучатъ величавыя слова § 18 Германскаго в. с. у. «Die Rihterliche gevalt durch unabchängige nur dem Gesetze untefvorfene gerichté ausgeübt» при сопоставленіи ихъ съ институтомъ владѣтелей суда. Перемѣщая абстрактное понятіе всесилія суда въ слабыя руки одинокаго человѣка и ставя на мѣсто безгрѣшной слѣпоты юстиціи зоркій глазъ заинтересованнаго командира, приводя туда, гдѣ все должно начинаться сомнѣніемъ, а кончаться осторожностью—военную рѣшимость и быстроту, значитъ подрывать дисциплину гораздо болѣе, чѣмъ какая бы то ни была ошибка построеннаго въ научномъ масштабѣ суда. Величайшіе вожди арміи, изучавшіе лучше другихъ способы поддержанія дисциплины, между прочимъ видятъ ее въ довѣріи къ начальнику. Лязарусъ фонъ Швенди, маршалъ Бель Иль и Штейнъ и Рютцельсъ и Гогенлоэ и Лямиро—всѣ находятъ, что отъ довѣрія войска къ начальнику зависитъ успѣхъ побѣды на войнѣ [2]) [3]) [4]). Что будетъ съ понятіемъ справедливости, безъ котораго—по словамъ Плутарха—всѣ военныя доблести ничто [5]), когда начальникъ, со свойственной всякому человѣку способностью ошибаться или быть пристрастнымъ, создаетъ несправедливый приговоръ. Величавая безгрѣшность суда исчезаетъ, замѣняясь мелочнымъ задоромъ разсерженнаго властелина,

---

[1]) Объ этомъ см. Вейсль—Neue Gesetzentv. S. 10.

[2]) Объ этомъ Lazarus Kriegs diescurs стр. 199, Дюра Лассаль—О званіи генерала, стр. 53, Спб. Де Пикъ—Изслѣдованіе боя въ древн. и нов. времена, Лямиро—цит. соч., стр. 28, Михневичъ—Исторія воен. искус., стр. 84. 1895. Петербургъ.

[3]) Прекрасно говоритъ о дисциплинѣ Лямиро: «Это не боязнь, не надежда, это вопросъ довѣрія и преданности».

[4]) Титъ Ливій также этимъ объяснялъ успѣхъ Анибалла: «Съ самаго начала Анибаллъ обратилъ на себя взоры и снискалъ любовь цѣлаго войска. Войска никому не оказывали такого довѣрія, какое имѣли къ нему, когда онъ предводительствовалъ ими (Михневичъ, стр. 84).

[5]) Дюра Лассаль, стр. 184.

и все значеніе дисциплины неминуемо повалится прахомъ [1]). Такимъ образомъ, анализируя понятіе дисциплины, которая якобы должна оправдать извращеніе началъ процесса, мы находимъ его обязывающимъ къ совершенно обратному,—поддержкѣ его. **И такъ я полагаю доказаннымъ, что принципіальное, а не количественное отличіе военнаго суда, какое мы находимъ въ германской доктринѣ, является опровергнутымъ и отсюда логически слѣдуетъ выводъ,—судъ военный и общій должны питаться общими началами.** Я доказалъ это съ отрицательной стороны, теперь перейду къ положительнымъ обоснованіямъ.

Прежде всего намъ необходимо устранить возраженіе о коренной разницѣ въ цѣляхъ военнаго и общаго процесса. Ценкъ, напримѣръ [2]), полагаетъ цѣль общаго процесса—лежащею въ немъ самомъ, тогда какъ военный, по его мнѣнію, является только средствомъ поддержанія въ войскѣ способности къ войнѣ. Я привелъ уже выше достаточныя доказательства соціальности уголов. процесса, какъ необходимаго фактора политической жизни. Немыслимо вообразить себѣ какое-либо иное основаніе нравственности, если не признать таковымъ систему органическихъ явленій, опредѣляющую свойства общежитія и спеціальныя качества присущихъ ему отправленій [3]). Въ этомъ смыслѣ этика можетъ быть разсматриваема какъ причина права, а это послѣднее—какъ ея продуктъ. Еще Аристотель, на своемъ образномъ языкѣ, отмѣтилъ этотъ фактъ, уча: „нѣтъ права въ смыслѣ огня, который горитъ одинаково у грековъ и персовъ". Правда, наше время достаточно выяснило универсальность общихъ принциповъ права и въ этомъ смыслѣ школа естественнаго права сыграла незабываемую роль. Мы знаемъ теперь, что Аристотель былъ правъ по стольку, по скольку увеличивающаяся сложность соціальныхъ явленій оправдываетъ ростъ предѣловъ законосообразности ихъ измѣняемости. Тѣмъ не менѣе, мы можемъ считать уже прочно установленнымъ тотъ фактъ, что сущность правовыхъ условій коренится во внутреннемъ строеніи общества и только путемъ трансформаціи моральныхъ инстинктовъ и обычныхъ навыковъ становится достояніемъ положительнаго закона. Прекрасно выражена эта мысль у де-Роберти: „законодательствовать—не значитъ изобрѣтать, измышлять или создавать, а только искать и открывать", т. е. составляетъ почти научный пріемъ! По его мнѣнію, въ исторіи права, изложеннаго, истолкованнаго строго научнымъ путемъ, мы имѣемъ собраніе естественно-историческихъ фактовъ, своего рода общественно-научный музей, правильное пользованіе которымъ должно, конечно, значительно облегчить изслѣдованіе сложныхъ общественныхъ процессовъ [4]). Процессуальное право есть продуктъ времени и соединено съ предыдущими событіями неразрывной цѣпью причинно-слѣдственныхъ отношеній [5]). Такимъ образомъ, право для насъ не является таинственнымъ божествомъ нашего времени, тѣмъ чревомъ быка фаларійскаго, который пожираетъ жизни въ угоду слѣпого подчиненія его велѣніямъ. Для насъ процессуальное право уже является въ смыслѣ фиксированнаго общественнаго разума, прикрѣпленнаго въ своихъ идеяхъ къ опредѣленной матеріальной оболочкѣ формъ и способовъ, которыми оно связывается съ жизнью. И какъ разумъ въ біологическомъ смыслѣ не имѣетъ иной цѣли какъ поддержку наибольшей жизнеспособности организма, съ нимъ связаннаго, такъ точно и процессуальное право имѣетъ единственнымъ основаніемъ своего существованія благополучіе общества, которое его сотворило. А тогда, гдѣ же разница между правомъ

---

[1]) См. объ этомъ также опредѣленіе Леера дисциплины, какъ «довѣрія къ начальнику». Воен. библ., т. I, 1876 г.; объ этомъ же Гольцъ—Вооруж. народъ: «Всѣ законы являются сначала слѣдствіемъ существующей обстановки и впослѣдствіи дѣйствуютъ обратно на нее» (стр. 156).

[2]) Цит. соч., стр. 31.

[3]) См. Спенсеръ—Научн. основ. нравств., 1896 г., стр. 149.

[4]) Объ этомъ де Роберти—Соціологія, 1880 г., стр. 10 и 11.

[5]) «Когда современное право отживаетъ свой вѣкъ, оно родитъ новое» (Фейербахъ заимств. у Агуры, стр. 188 «Сравнит. критич. очеркъ дисциплин. законод. въ различн. Европейскихъ госуд. Софія, 1895.

процессуальнымъ, общимъ и военнымъ? Они во всѣхъ своихъ особенностяхъ совпадаютъ. Только военное, являясь соподчиненнымъ въ своихъ цѣляхъ праву общему, какъ армія подчиняется цѣлямъ государства, является еще болѣе связаннымъ задачами процесса общаго, ибо оказывается производной функціей извѣстной, правда очень большой части, соціальнаго цѣлаго, которое однако же, въ интересахъ собственнаго существованія, должно находиться въ органической и организованной связи съ государствомъ [1]).

Въ этомъ случаѣ военное процессуальное право такъ же, какъ и общее, ищетъ истины, ибо судъ въ столь же большой мѣрѣ необходимъ войску, какъ и государству, и нарушеніе законности и справедливости колеблетъ самыя основы жизни войска, какъ то же самое потрясаетъ основы государства. Достаточно вспомнить значеніе законности и строго опредѣленнаго права въ войскахъ древняго Рима, прославленныхъ своей дисциплиной, чтобы понять, что цѣль процесса, отысканіе истины въ частномъ случаѣ, для благостоянія соціальнаго цѣлаго,—въ равной мѣрѣ необходима и въ процессѣ военномъ.

Глава III.

На самомъ дѣлѣ, необходимость связи процесса войска и народа и единства общихъ у нихъ принциповъ понималась очень давно. Я не говорю уже о процессахъ древняго міра, по существу одинаковыхъ,—объ этомъ мѣсто въ исторической части, я укажу только на, ничѣмъ не отвратимое, стремленіе новаго времени все болѣе и болѣе примыкать процессы къ тому общему основанію ихъ, какое одно можетъ разрѣшить всѣ сомнѣнія,—требованію науки о государствѣ и человѣкѣ. Насколько достаточенъ самостоятельный процессъ войска для поддержанія въ немъ дисциплины свидѣтельствуетъ слѣдующее мѣсто изъ трактата Гроція о правѣ мира и войны въ отношеніи войскъ его эпохи, имѣющихъ совершенно самостоятельный процессъ [2]). По мѣрѣ наполненія національной жизни европейскихъ народностей новымъ содержаніемъ, по мѣрѣ того какъ ростъ общественной солидарности сопровождался ростомъ гуманности и понятій о чести, выдвигалось все большее стремленіе связать войско съ народомъ. Макіавелли первый, своимъ блестящимъ умомъ, понялъ эту необходимость. Въ своемъ замѣчательномъ сочиненіи объ этомъ—Del arte della guerra онъ требовалъ созданія національной милиціи изъ лучшихъ неопороченныхъ гражданъ, связанныхъ общественнымъ воспитаніемъ съ будущей дѣятельностью въ войскѣ на началахъ гражданственности и патріотизма [3]). Черезъ сто лѣтъ теорія перешла въ практику, ученіе воплотилось въ жизнь; этимъ процессуальное право обязано удивительному человѣку, появившемуся въ это время на горизонтѣ европейской жизни. Этотъ человѣкъ былъ Густавъ Адольфъ. Послѣ 15-ти вѣковъ нестроенія, разврата, жестокости и корысти, руководившихъ арміей, человѣчество увидало впервые войска, проникнутыя жаждой подвига, движимыя импульсомъ части, спаянныя дисциплиной. Войско—народъ, король народа—вождь войска, интересы народа опре-

---

[1]) См. объ этомъ у Maurin—Préface de la discipls. judic., стр. XVI и слѣд.

[2]) «Я вижу во всѣхъ странахъ христіанскаго свѣта одно своеволіе, доходящее до такой необузданности въ войскахъ, что самые варварскіе народы поступали ихъ лучше. Они прибѣгаютъ къ оружію безъ всякой причины и, если есть оружіе въ рукѣ, совершали всѣ проступки, какіе имъ вздумаются безъ всякой задержки». Объ этомъ у Агура, стр. 94.

[3]) Объ этомъ Del arte della guerra 1837. Paris, p. 301 et 314, t. I, и Дангельмайеръ—Ист. в.-уг. права, стр. 58, 1892 г., Петербургъ.

дѣляютъ цѣли войны, и отсюда всякій солдатъ долженъ быть проникнутъ готовностью принести себя въ жертву интересамъ большинства, отождествленнымъ въ полной мѣрѣ съ высшимъ индивидуальнымъ интересомъ. Идея готова, ученіе создано, нуженъ матеріалъ для его проявленія и средства для подготовки. Матеріаломъ служили граждане, средствомъ—воспитаніе. Въ Ейслебенѣ пишется кодексъ суда, приспособленнаго къ новымъ требованіямъ войска, вводящій новыя формы обвинительнаго процесса, дотолѣ мало знакомыя войскамъ Европы. Уже въ 18-мъ вѣкѣ начала общаго уголовнаго процесса и военнаго сливаются во-едино. Наука работаетъ въ этомъ отношеніи не менѣе чѣмъ практика, идея не менѣе чѣмъ необходимость. Вотъ Ludovici въ своемъ Einleitung zum Kriegsprocess 1715 г., вотъ Knorr пишетъ Grundlicche Einleitung zum Kriegsproz. 1754 г., вотъ Kirghof съ своимъ Abhandlung von Soldatenrecht 1771 г., вотъ Engelgard съ своимъ Specimen juris militum naturalis 1754 г. и много другихъ. Послѣднее сочиненіе носитъ уже всѣ характерные признаки вліянія права естественнаго на войсковой процессъ и является чрезвычайно вѣскимъ фундаментомъ органической общности идей процессовъ. Практика не отстаетъ отъ теоріи.

Французское законодательство положило починъ въ этомъ благородномъ дѣлѣ. Оно первое объявило необходимость примѣненія общихъ началъ процесса къ военнослужащимъ, а спеціальныя измѣненія въ видѣ исключенія: декретъ 30 сентября 1791 года art. 1 говоритъ: «nul ne exempt de la loi commune et de la juridiction des tribunaux sous prétexte de service militaire». Въ Пруссіи, на ту же почти точку зрѣнія законъ сталъ четверть вѣка спустя, 19 іюля 1809 г., а для Германіи еще позже—11 іюня 1822 г. и окончательно—22 іюня 1852 г., въ Австріи еще значительно позже—ландверный законъ 13 мая 1869 г.; у насъ суд. уст. 1867 г. окончательно. Объ этой связи заботился еще Петръ I, создавшій общій процессъ, и затѣмъ мысль эта неоднократно развивалась извѣстными военными командирами, напримѣръ Дибичемъ [1]). Прежде всего посмотримъ какъ стоитъ этотъ вопросъ догматически. Это тѣмъ болѣе важно, что настоящее положеніе этого принципа можетъ служить лучшимъ отвѣтомъ на доказательство сторонниковъ принципіальной особности военнаго суда. Они полагаютъ доказать необходимость такой полной самостоятельности указаніемъ на историческую преемственность формъ военной подсудности, какъ бы обусловленныхъ самой природой общежитія. На самомъ дѣлѣ въ настоящемъ положеніе далеко не соотвѣтствуетъ вышеупомянутымъ доказательствамъ и скорѣе ихъ опровергаетъ. Въ Англіи напримѣръ, гдѣ военный процессъ въ силу особыхъ соціальныхъ условій комплектованія арміи очень ревниво до сихъ поръ оберегался и состоялъ въ сплошномъ отступленіи отъ общихъ принциповъ англійскаго процессуальнаго права,—какъ разъ тамъ мы находимъ полное отсутствіе правовыхъ перепонокъ между подсудностью общей и военныхъ судовъ. Именно тѣ отступленія отъ требованій научной доктрины, которыми такъ переполненъ этотъ процессъ, заставляютъ государственную власть относиться къ нему чрезмѣрно подозрительно, передавая всякое сомнительное дѣло компетенціи общихъ учрежденій. Такъ, напримѣръ, въ 1852 г. во время избирательныхъ эксцессовъ солдаты, обвиняемые въ злоупотребленіи примѣненіемъ оружія, судились общими судами. Въ 1894 г. генералъ майоръ Гутчинсонъ, обвиняемый въ упущеніяхъ по службѣ, во время артиллерійской стрѣльбы на полигонѣ, послѣдствіемъ коихъ была смерть одного лица, судился общимъ судомъ. Точно то же случилось (при Kravalle featerston) въ 1893 г. и, наконецъ, въ 1896 г. при знаменитомъ набѣгѣ Джемсона на Трансваль, отрядомъ, въ которомъ было много офицеровъ и т. д. [2]). Причиной всѣхъ

[1]) Мысли о солдатѣ, стр. 252, 253. Онъ говоритъ: «Всѣ члены государства должны составлять цѣпь, коей связь сохраняетъ цѣлое. Если каждый офицеръ взираетъ на сію связь, то пользоваться почитаніемъ ему надлежитъ». Петербургъ, 1802.

[2]) Объ этомъ см. Clode—Military forces, B. I, 509, и II S. 153.

этихъ, крайне печальныхъ для военнаго суда, фактовъ оказывается: 1) отсутствіе гласности на предварительномъ слѣдствіи, 2) совмѣщеніе въ лицѣ военныхъ судей функцій народнаго элемента и юридическаго и, такимъ образомъ, нарушеніе исходнаго пункта англійскаго процесса, состоящаго въ томъ, что наказывающій не можетъ отыскивать виновнаго [1]). Эта-то особность важнѣйшихъ установленій войска отъ націи и необходится ему даромъ. Мало этого, съ чисто внѣшней стороны лишеніе спеціальныхъ судовъ основныхъ гарантій справедливости совсѣмъ не способствуетъ поддержкѣ въ войскѣ условій военнаго порядка. Достаточно взглянуть на почтенную цифру осужденныхъ въ 1901 году, напримѣръ, 1381 человѣкъ, чтобы убѣдиться въ противномъ. Наконецъ, дезертирство, бывшее бичемъ всѣхъ армій до ближайшаго проведенія въ жизнь всеобщей воинской повинности и связанной съ ней общности юридическихъ институтовъ войска и націи, свирѣпствуетъ съ особенной силой среди англійскаго войска и особность судопроизводства его ни мало не прекращаетъ. Съ 1883—1885 годъ бѣжало 12 тысячъ человѣкъ, въ 1892 году англійская армія возросла на 36 тысячъ, а дезертировало въ этомъ году 4654 ч., въ 1893 г. армія увеличилась на 40000, а дезертировъ было болѣе пяти тысячъ человѣкъ. Сказаннаго въ отношеніи англичанъ, полагаю, довольно. Что касается германскихъ догматическихъ положеній процесса, то мы находимъ, помимо уже указаннаго выше историческаго суженія спеціальной военной подсудности, въ настоящее время ограниченіе ея въ §§ 2—4, 6, 7, 8 Герм. в. с. уст. При этомъ, особенно существенны ограниченія налагаемыя § 4, который во всѣхъ случаяхъ общихъ преступленій солдатъ съ гражданами предоставляетъ право передачи ихъ гражданскимъ судамъ, для разсмотрѣнія дѣла и постановленія приговора. Тутъ необходимо помнить, что развитіе прусскаго военнаго права началось очень поздно. Кодифицировано оно было лишь въ 1845 году 3 апрѣля, а до того это былъ ничѣмъ не связанный аггломератъ законовъ, кабинетскихъ указовъ, рескриптовъ, регламентовъ и проч., въ которые законъ 11 декабря 1805 г. ввелъ инквизиціонное производство [2]) [3]). Любопытны мотивы къ ст. 1 Герм. в. с. у., стремящіеся обосновать особность военной подсудности [4]) [5]). Я приводилъ уже нѣкоторыя выдержки изъ этихъ мотивовъ, на которыхъ собственно держится все зданіе германскаго военнаго суда. Мнѣ остается указать только на признаніе неизбѣжности отступленій, выраженныхъ въ 4 ст. устава, которыя являются сами по себѣ полнымъ отрицаніемъ принятаго въ кодексѣ принципа. И затѣмъ уже самое упоминаніе, въ юридическомъ обоснованіи существа правового порядка войска, о «тайнѣ» показываетъ такое мозговое чревовѣщательство, такое отсутствіе всякаго критицизма, что это одно уже обводитъ китайской стѣной зданіе законодательства, за которую не можетъ проникнуть никакая свѣжая мысль. Тѣмъ не

---

[1]) Clode id. p. 152. Объ этомъ Pratt. Military law. S. 50—84.

[2]) Объ этомъ Боте 2—4 цит. соч. Der Preussische Militärstrafprocess und die Reform. Berlin, 1877.

[3]) См. объ этомъ Kommentär zum Reichsmilitärgesetz von Steidel, 1898.

[4]) Die militärische Disciplin steht der unbedingten jede fremde Einwirkung ausschliessenden Autorität der Kommandogewalt in der Anerkennung nur einer in der Person des obersten Kriegsherrn gipfelnden und in allem auf diesen zurückzuführenden Autorität beruht das Gecheimniss des militärischen Geshorsams und der militärischen Disciplin. Es wiederstreitet daher dem innersten Wesen des militärischen Organismus das neben der «Kommandogewalt von aussen herrliche andere selbstständig für sich bestehende Gewalt. gefäge des Heeres oder der Marine sich geltend mache. Jede solche sich einschiebende Nebengewalt würde den jetzt festgeschlossenen Gliederbau lockern die Autorität den Kommandogewalt schwächen, die Disciplin gefährdenn. Der active Soldat muss in dem Gefuhle, dass er mit seiner ganzen Person dem Herre angehört, irre werden wen er in Angelegenheiten, die militäriche Discipline betreffen, und dahin gehört das gesammte Strafgebiet, noch eine andere Gerichtsbarkeit, »als die militärische anzuerkennen hätte, wenn einer ausserhalb des militärischen Verbandes stehenden Gewalt es zukommen sollte, sich seiner Person zu bemächtigen in seines dienstlichen Obligenheiten zu entziehen Strafen gegen ihn zu verhängen und zu vollstrecken».

[5]) Объ этомъ см. также Weigel die Zuständigkeitsgrenzen zwischen Militär und Zivilgerichtsbarkeit im deutschen Reiche, S. 59.

менѣе, общая научная мысль безпокоилась по этому поводу уже давно. Объяснительная записка къ Баварскому проекту 1869 г. говорила о необходимости исключенія воздѣйствія всякаго военоначальника на матеріальное производство въ судахъ и гражданскаго распространенія общихъ принциповъ на дѣятельность военнаго суда. За ней шло суженіе военной компетенціи закономъ 28 апрѣля 1872 г. Затѣмъ законы 27 сентября 1877 г., 23 февраля 1879 г. и 1871 вводили по частямъ, вопреки принятымъ основаніямъ, независимость, публичность, устность и другія начала обвинительнаго процесса [1]). Во время обсужденія военнаго законопроекта о введеніи процессуальнаго кодекса въ Баварской арміи, 15 декабря 1891 г., Диль восклицалъ восторженно: «я горжусь, что мы, въ отношеніи другихъ немѣцкихъ государствъ, черезъ введеніе принципа обвинительнаго процесса устности, гласности, далеко ушли впередъ. Мнѣ остается только пожелать, чтобы нашимъ представителямъ въ Берлинѣ удалось распространить ихъ на всю имперію». Къ несчастью, нѣмецкій процессъ не получилъ тѣхъ пріобрѣтеній, о которыхъ такъ хлопоталъ Диль, и самой Баваріи пришлось утратить часть изъ пріобрѣтенныхъ процессуальныхъ правомочій [2]). Эти соображенія указываютъ уже, что сила общихъ требованій науки заставляетъ, даже въ наиболѣе далеко отклонившихся отъ нихъ странахъ, медленно, но неизмѣнно, путемъ уступокъ и компромиссовъ, заминокъ и противодѣйствій, идти въ сторону сближенія подсудности, а стало быть и общихъ принциповъ съ общегражданскимъ процессомъ. Въ этомъ отношеніи любопытно прослѣдить эволюцію нѣмецкой военно-юридической мысли по введенію началъ обвинительнаго процесса въ армію. Извѣстный прусскій генералъ-аудиторъ Флекъ писалъ въ своемъ коментаріи къ 2 части прусскаго военнаго кодекса 1845, примѣч. къ § 1: «теперешнее введеніе въ гражданское производство обвинительнаго процесса непригодно для военнаго кодекса». По обычаю ему пришлось, разумѣется, ухватиться за соломинку карательной власти, а затѣмъ онъ прибавляетъ нѣкоторыя и оригинальныя соображенія: «другая потребность военнаго суда—это необходимость права преслѣдовать подчиненныхъ лицъ, совершившихъ противозаконные проступки. Это право съ введеніемъ военнаго процесса будетъ утрачено и военный начальникъ его утеряетъ. Право преслѣдованія будетъ зависѣть не отъ начальника, а отъ прокурора». Затѣмъ снова слѣдуетъ шаблонное утвержденіе, замѣчательное тѣмъ, что оно все утверждаетъ и ничего не доказываетъ, о невозможности начальнику отвѣчать въ такомъ случаѣ за подчиненныхъ и патетичное восклицаніе: «точно также военная власть короля, которую онъ передаетъ теперь военоначальнику, отойдетъ въ сторону. Какъ это отзовется вредно на арміи легко себѣ представить». Въ отношеніи генерала-аудитора Флека умѣстно перефразировать извѣстный афоризмъ Наполеона по адресу Бурбоновъ: «онъ все позабылъ и ничему не научился». Именно онъ позабылъ великаго короля Густава Адольфа, введшаго строго обвинительный процессъ у себя въ войскѣ, онъ не вспомнилъ даже своего великаго курфюрста, заимствовавшаго, исключительно для поддержанія воинской дисциплины, этотъ процессъ у шведскаго войска. Не зналъ онъ также революціонный законъ французской арміи 1791 г. и баварской 1848 г. Въ этомъ отношеніи германскій генералъ-аудиторъ и членъ Рейнскаго кассаціоннаго суда Фрицціусъ былъ дальновиднѣе. Еще въ 1831 г. онъ представилъ свой замѣчательно остроумный проектъ реформы процесса. Онъ предлагалъ въ немъ передать общимъ судамъ проступки военнослужащихъ противъ общаго уголовнаго права (§ 154 проекта) и оставить за военными судами лишь сужденіе подлежащихъ воинскихъ преступленій (§ 242). При совокупности преступленій высшее по наказуемости влекло за собою передачу дѣла соотвѣтственному суду. Предварительное слѣдствіе велось гражданскимъ

---

[1]) Объ этомъ у Марка, ч. I, стр. 178 и слѣд. цит. соч.

[2]) Объ этомъ Маркъ, ч. II, стр. 375 цит. соч.

слѣдователемъ, и лишь для военнаго времени онъ оставляетъ всеобщую подсудность передъ военнымъ судомъ. Онъ требовалъ также введенія началъ устности, публичности (§ 197) и раздѣленія слѣдствія, обвиненія (§ 158) и защиты (§ 176) на стадіи предварительнаго еще производства. Это было, такимъ образомъ, типичное обвинительное производство, строго продуманное и соотвѣтствующее основнымъ принципамъ науки [1]). Въ 1869 г. докторъ Хильфе на 8 юристентагѣ въ Гейдельбергѣ внесъ проектъ реформъ военнаго суда на началахъ устности, публичности и непосредственности [2]). Но компетенція оставлена прежняя. 30-го марта 1873 г. рейхстагъ, болѣе чѣмъ 117-ю голосами противъ 73-хъ, требовалъ внесенія правительственнаго проекта новаго военнаго закона, согласованнаго съ общей подсудностью [3]). Въ 1873 г. особо назначенная для этого коммисія разрабатывала такой проектъ. Въ 88-мъ засѣданіи рейхстага 1891 г. Бебель настоятельно требовалъ введенія публичности, находя что судопроизводство должно соблюдаться подъ контролемъ общественнаго мнѣнія. Въ 1869 г. знаменитый Бернеръ требовалъ отъ Сѣверо-Германскаго рейхстага заняться какъ можно скорѣе реформой военнаго процесса, въ которой онъ гораздо болѣе нуждается, чѣмъ гражданскій.

Въ 1878 г. Боте, въ цитированномъ уже сочиненіи (стр. 2 и слѣд.), настойчиво требуетъ объединенія началъ множества нѣмецкихъ кодексовъ на принципахъ обвинительнаго процесса, единаго для всѣхъ. Въ этомъ отношеніи въ Берлинѣ уже съ 1873 года работала коммисія по объединенію нѣмецкихъ кодексовъ: 1) Прусскаго отъ 3-го апрѣля 1845 г., 2) Баварскаго отъ 1-го января 1870 г., 3) Саксонскаго отъ 11-го ноября 1867 г. и 4) Вюртембергскаго отъ 20-го іюля 1818 г. Боте настойчиво обращаетъ вниманіе законодателя на начала Французскаго и Баварскаго процессовъ, видя въ нихъ единственное основаніе правильнаго суда. Ссылаясь на Францію, онъ настаиваетъ на отдѣленіи дисциплинарной власти отъ судебной и, стало быть, уничтоженіи принципа герихтсхерровъ и, между прочимъ, говоритъ: «военный процессъ не отличается нисколько по своимъ цѣлямъ отъ общаго и потому въ него надо ввести устность, публичность и прочія начала обвинительныя». Съ этого момента въ рейхстагѣ раздаются немолчно голоса за сліяніе началъ общаго и военнаго процессовъ. Пайеръ 9-го декабря 1884 г. первый поднимаетъ вопросъ о реформѣ, которая не двинулась впередъ,—онъ требуетъ подведенія отставныхъ офицеровъ подъ гражданскую подсудность. Затѣмъ Фольмаръ доказываетъ необходимость, во всѣхъ не специфически военныхъ проступкахъ, сужденія общими судами, ибо въ государствѣ должно быть правосудіе единое. Особенно энергично требовалъ измѣненія инквизиціонныхъ началъ процесса Баръ. «Во всѣхъ другихъ арміяхъ, говорилъ онъ, уже введенъ обвинительный процессъ, неужели нѣмецкую труднѣе держать въ дисциплинѣ, чѣмъ другія? На увѣренности въ справедливомъ началѣ держится дисциплина, какимъ другимъ путемъ можетъ быть освѣщена справедливость начальника какъ не тѣмъ, что въ случаѣ сомнѣнія имѣлъ бы мѣсто публичный процессъ». Когда же правительство, уступая настойчивому давленію рейхстага, внесло наконецъ свой проектъ въ ноябрѣ 1892 г., оно уже говорило совершенно другимъ языкомъ, доказывая необходимость общности процессовъ. Наконецъ, мотивы къ изданію военно-уголовнаго кодекса говорятъ: «Разъ общій уголовный кодексъ 1877 г. дѣйствуетъ по всему государству, а военно-уголов. уставы являются пестрыми, разнообразными по составу, то уже одной этой аномаліи достаточно, чтобы государство приняло во вниманіе созданіе общаго военно-уголовнаго права». Въ этомъ отношеніи чрезвычайно характерно

---

[1]) См. также Bothe der Preusziche militäre Strafprocess und die Reform 1878, S. 66—68.

[2]) Hilfe. Die Grundsätze deutschen Militärstrafverfahren, 1868.

[3]) Объ этомъ Краусъ цит. соч., стр. 104 и слѣд., а также стр. 70. Das deutschen Militärstrafverfahren von Kraus. München, 1896.

[4]) Berner—Kritikentwurf. eines Strafgesetzbuch für norddeutschen Bund, S. 4.

заявленіе военнаго министра, генерала фонъ-Роона, въ засѣданіи рейхстага Сѣверо-Германскаго союза: «Не можетъ быть никакого сомнѣнія въ томъ, что военно-уголовное законодательство должно примкнуть къ общему и что, когда появится новый общій уголовный кодексъ, военный уголовный кодексъ долженъ быть измѣненъ» [1]). Когда передъ глазами пройдетъ этотъ непрестанный прибой однородныхъ мнѣній, когда, начиная голосомъ народныхъ трибуновъ, кончая совѣтами ученыхъ, философовъ и составителей правительственныхъ проектовъ, всѣ соглашаются въ необходимости единыхъ принциповъ въ правѣ войска и націи, а въ результатѣ появляется институтъ герихтсхерровъ,—тогда поневолѣ хочется повторить пословицу: «на всякаго мудреца довольно простоты». Во всякомъ случаѣ, нѣмецкій военный процессъ принялъ, въ рядѣ статей, основныя требованія общаго, но всѣ они сводятся къ нулю однимъ существованіемъ института герихтсхерровъ [2]). Вейсль [3]) не даромъ прямо со страстью требуетъ уничтоженія института герихтсхерровъ въ своемъ послѣднемъ по времени сочиненіи. Основными чертами нѣмецкаго процесса являются: 1) право суда, исходящее отъ командной власти, 2) обжалованіе приговоровъ герихтсхерромъ, 3) широкія ограниченія непосредственности, 4) система карательныхъ приказовъ, съужающихъ права суда, 5) ограниченіе формальной защиты [4]).

Теперь я перехожу къ другой великой странѣ континента,—Франціи, чтобы проанализировать догматическое состояніе въ процессѣ его основныхъ положеній. Выше было указано мною, что Франція держалась обратныхъ принциповъ, нежели Германія, и черезъ всѣ перипетіи этой богатой политическими скачками страны, она пронесла незыблемымъ рѣшеніе великой проблемы уголовнаго права. Въ ней мы наблюдаемъ всегдашнее признаніе суда исходящимъ только изъ закона. Чрезвычайно мѣтко поэтому изреченіе Наполеона, гдѣ онъ говоритъ, «что сначала дѣлается французскимъ гражданиномъ, а потомъ солдатомъ». Революція, начиная съ закона 15-го сентября 1790 г., несмотря на чрезвычайные эксцессы суроваго закона 17-го мая 1792 г. и 12-го мая 1793 г., признавала сказанное положеніе, кодексъ 1857 г. ихъ только подтвердилъ. Французское законодательство признавало въ солдатѣ гражданина и въ идеѣ военнаго суда осуществленіе общегосударственнаго закона [6]). Ст. 1-я у.у. с. устанавливаетъ отправленіе правосудія судами и постановленіе приговоровъ отъ имени верховной власти (au nom du peuple français). Fodere даетъ восторженную характеристику кодексу 1857 г., который, по его мнѣнію, вполнѣ удовлетворяетъ требованіямъ связи общаго процесса съ военнымъ и исполненъ духа гуманности и мягкости «соотвѣтственно процессу новаго времени». Устойчивость кодекса 1857 г., еще понынѣ продолжающаго существовать во Франціи, показываетъ дѣйствительно, что основныя требованія процесса въ немъ имѣли мѣсто и это, конечно, надо отнести цѣликомъ на счетъ началъ публичности, устности, отдѣленія обвинительной власти и проч., которыя были свой-

---

[1]) Zenk. цит. соч. стр. 18, 19 и слѣд. Dangelmaier—Philosophie, стр. 24 и слѣд.

[2]) Объ этомъ Suess цит. соч. стр. 3-я. «Врядъ ли возможно привести въ связь слѣдственный процессъ и гласность производства, если мы видимъ параллельно существующими, въ Австріи и большей части Германіи, тайное производство въ военномъ процессѣ, рядомъ съ гласнымъ и обвинительнымъ, то вслѣдствіе того, ежегодно въ народныхъ собраніяхъ раздаются требованія съ разныхъ сторонъ, о реформахъ въ уголовномъ процессѣ, а въ парламентѣ ни одинъ голосъ не раздавался противъ веденія военнаго процесса гражданскимъ судомъ, то можно смѣло утверждать, что гражданскій уголовный процессъ, ведомый гражданскимъ судомъ, несравненно лучше отвѣчаетъ требованію сторонъ».

[3]) Neue Gesetzentw. называлъ этотъ институтъ старымъ пугаломъ, S. 11—13.

[4]) Объ этомъ Вейсль, стр. 8, Das Militärstrafverf. in Russland, Frankreich und Deutsche 1894 Wien. Объ этомъ же Вейссенбахъ въ Militärrechtliche Erörterung 1902, S. I.

[5]) Объ идеалахъ военнаго суда см. Kraus Das deutsche Militärstrafverfahrens 1896, S. 121 и Schultheiss uber die Öffentlichkeit im künftigen deutschen Militärstrafprocesse 35—38. 1893. Würzburg.

[6]) Объ этомъ стр. XII, XXVI и XXVII Fodere цит. соч.

ственны въ равной мѣрѣ какъ этому кодексу, такъ и общему, съ которымъ онъ былъ построенъ по одному шаблону. Рядъ законовъ развиваетъ начала законодательной традиціи, что видно изъ постановленій: декрета 21-го іюля 1858 г., касающагося морского кодекса, введшаго въ него тѣ же принципы; законъ 16-го мая 1872 г., измѣнившій составъ военнаго суда; декретъ 21-го октября 1874 г. относительно военныхъ экзекуцій; законъ 9-го апрѣля 1895 г., касающійся измѣненій морского кодекса; законъ 15-го іюня 1899 г., введшій начала общаго законодательнаго уложенія закона 8-го декабря 1897 г. Всѣ эти законы были лишь типичными выраженіями расширенія общихъ началъ уголовнаго процесса, въ ихъ практическомъ примѣненіи къ жизни арміи, и свидѣтельствовали, въ то же время, о прочности занятаго названной доктриной положенія, въ порядкѣ примѣненія и развитія ихъ во Франціи [1]). Наконецъ, 24-го ноября 1899 г. былъ внесенъ въ палату проектъ, дѣлающій въ этомъ отношеніи значительный шагъ впередъ. Этотъ послѣдній проектъ закона распространялъ гражданскую подсудность на общеуголовные проступки солдатъ въ мирное время, вводилъ вотумъ на основѣ тайныхъ списковъ—передачу разсмотрѣнія дѣлъ, обжалованныхъ въ мирное время гражданскимъ судамъ, съ увеличеніемъ ихъ состава военными судьями, а также другія менѣе существенныя измѣненія. Чрезвычайно характерны мотивы этого законопроекта. «Правительство не можетъ согласиться со взглядомъ, чтобы аргументы (кодекса 1857 г.) имѣли рѣшающее значеніе. Съ большимъ основаніемъ можно было бы сказать, что, надѣвъ форму, человѣкъ не перестаетъ быть гражданиномъ и оставаться подъ силою общихъ законовъ и является вопросомъ—не будетъ ли смѣшеніе разнородныхъ понятій, если солдаты за общіе проступки судятся военнымъ судомъ и именно этимъ вызываютъ недоразумѣнія, такъ какъ при опредѣленіи компетенціи нужно руководствоваться природою дѣятельности, а не свойствами дѣйствующаго лица. Что же касается до скорости выполненія, то это необходимымъ является лишь во время войны. Поэтому правительство высказывается за возвратъ къ одинаковымъ постановленіямъ, которымъ и Наполеонъ отдавалъ преимущество, а именно примѣненіе общихъ законовъ за общія правонарушенія. По этой причинѣ было предложено оставить военную юрисдикцію только для общихъ проступковъ, совершенныхъ во время исполненія обязанностей службы, и для преступленій лицъ, принадлежащихъ къ дѣйствующей арміи». Въ созданіи этого законопроекта мы, такимъ образомъ, наблюдаемъ дальнѣйшія эволюціонныя начала французскаго законодательства. При этомъ, движеніе осложняется признаніемъ необходимости, въ виду крайней сложности современнаго понятія преступленія и преступности и опредѣленія мѣры и степени осуществленія его въ жизни, усилить вліяніе спеціальнаго юридическаго элемента. Это и достигается передачей общихъ преступленій въ вѣдѣніе гражданскихъ судовъ. Что касается до догматическаго установленія основныхъ положеній суда, проектъ оставляетъ ихъ неизмѣнными и, такимъ образомъ, снова подтверждаетъ ихъ незыблемость и органическую связь съ общечеловѣческимъ міромъ соціологическихъ вліяній. Таковыми началами являются—публичность, устность и непосредственность, равенство сторонъ и отдѣленіе функцій обвиненія и защиты, и предварительнаго и судебнаго слѣдствій, въ которыхъ законодательство болѣе часто прямо принимаетъ, безъ всякихъ измѣненій, положенія дѣйствующаго общаго устава судопроизводства. Эти начала изложены въ статьяхъ: 76, 82 (со ссылками), за-

---

[1]) Тѣмъ не менѣе, въ мотивахъ къ закону 1857 г. говорилось «хотя двойная уголовная подсудность, военному и гражданскому судьѣ, приноровлена для уваженія къ общимъ законамъ, однако военная подсудность должна имѣть большее предпочтеніе, такъ какъ военные судьи являются естественными судьями арміи и. ч. военныя лица, нарушающія общіе законы, не теряютъ своихъ солдатскихъ качествъ. Предоставлять военную подсудность въ руки гражданскихъ судей, это значитъ тоже, что мѣшать всѣ принципы, которые должны быть строго разграничены, и тѣмъ обезпечивать отъ значительныхъ недоразумѣній, а также задерживать скорость суда, который долженъ быть очень быстрымъ» (Rapport au corps legislativ).

тѣмъ 86, 87, 89, 90, устанавливающихъ взаимность дѣятельности властей, 101 и дополненіе къ ней закономъ 15-го іюня 1899 г., 113, 114, 118, 121, 128 (со ссылками), 129, 130, 131, 136, 137, 140, 144, 159, 160, 161, 162, 164, 165, 172, 178 (со ссылкой) и 184. Резюмируя все сказанное, можно отмѣтить, что основными признаками французскаго процесса являются: 1) дѣйствія обвинителя отъ лица государства, 2) отдѣленіе слѣдствія предварительнаго отъ судебнаго, съ неравнымъ положеніемъ въ нихъ сторонъ, 3) признаніе личности центромъ судебнаго слѣдствія, 4) относительно широкія права защиты и введеніе ея на предварительномъ слѣдствіи, 5) внутреннее убѣжденіе суда и участіе военнаго элемента (солдаты), 6) отсутствіе профессіональныхъ судей, 7) право смягченія наказанія, признаннаго за судами.

Наконецъ, переходя къ догматическому положенію основныхъ принциповъ обвинительнаго процесса въ нашемъ отечествѣ, нельзя не обратить вниманіе на постоянное стремленіе законодательства какъ можно больше воспринимать положенія общей доктрины въ системѣ правилъ и формъ военно-уголовнаго процесса. Я не стану повторять той исторической справки, которую привелъ въ этомъ отношеніи выше; можно съ несомнѣнностью установить тотъ фактъ, что каждое новое измѣненіе нашего общаго процесса, рано или поздно, вело соотвѣтствующую реформу и въ военно-уголовномъ судѣ. Въ этомъ отношеніи жизнь этихъ двухъ вѣтвей уголовнаго права можно уподобить той теоріи параллелизма, какая существуетъ въ отношеніи связи душевныхъ и тѣлесныхъ явленій. Съ поразительной правильностью обнаруживается эта связь до самаго 1867 г. отъ Петровскаго законодательства, впервые поставившаго нашъ военный процессъ на широкій путь обоснованныхъ требованій и упорядоченныхъ вліяній. Въ 1867 г., вмѣстѣ съ введеніемъ великихъ реформъ въ область общаго юридическаго строя Россіи, было положено начало нынѣ дѣйствующаго военнаго законодательства, на основаніи выработанныхъ положеній, примѣненныхъ къ укладу общегражданской жизни страны. Составители нашего военно-уголовнаго законодательства, прежде всего, провозглашаютъ принципъ законности, обязательный для поддержанія дисциплины въ войскѣ. Верховный абсолютизмъ закона опредѣляетъ для нихъ роль начальника, который „дѣйствуетъ въ предѣлахъ закона, равнаго для всѣхъ, отъ генерала до рядового". Такимъ образомъ, здѣсь ставится судъ и дисциплина зависимыми между собой, при чемъ общимъ базисомъ порядка въ арміи строится единое, великое начало закона [2]). Вмѣстѣ съ этимъ было признано необходимымъ перейти къ началамъ обвинительнаго процесса, который одинъ могъ измѣнить органическіе недостатки нашего стараго военнаго суда. Эти начала, являясь основными принципами настоящаго военнаго процесса, оказали громадное вліяніе на слѣдующую разработку его въ деталяхъ и, только при сравненіи ихъ съ общими основаніями гражданскаго суда и ихъ практическимъ осуществленіемъ, можно вывести необходимыя научныя данныя, для критическаго анализа ихъ вліянія въ настоящемъ и ихъ возможнаго измѣненія въ будущемъ [3]). Изъ приво-

[1]) Сб. зак. раб. 1867 г., введеніе.

[2]) См. объ этомъ стат. 1-ю и 213-ю в. суд. уст.

[3]) Вотъ какъ ихъ опредѣлила коммисія по составл. в. с. у.: «Существенный недостатокъ дѣйствующей у насъ системы военно-уголовнаго судопроизводства заключается въ томъ, что лишаетъ судъ всякой самостоятельности. Система эта сосредоточиваетъ власть въ рукахъ военнаго начальника, который возбуждаетъ обвиненіе, распоряжается производствомъ слѣдствія, нарядомъ суда надъ обвиняемымъ и самъ же утверждаетъ приговоръ военныхъ судовъ; во-вторыхъ, система эта, отвѣчая началамъ справедливости, требуетъ, чтобы обвинительная власть и обвиняемый, въ защиту себя передъ судомъ, пользовались одинаковыми правами; вслѣдствіе чего, послѣдній одинокъ и безоруженъ передъ судьями, соединяющими въ лицѣ своемъ несовмѣстимыя обязанности—обвинителя, слѣдователя, защитника и судьи, вооруженными всѣми законными средствами розыска, тогда какъ обвиняемый, безъ защитника или совѣтника, по незнанію законовъ, производства и хода о немъ дѣла и часто по ограниченію свободы, лишенъ возможности приводить все, что могло бы приводить къ его оправданію и смягченію ожидающей его отвѣтственности» id., стр. XI. (Сбор. зак. раб.).

димыхъ въ примѣчаніи основныхъ посылокъ вытекаетъ самоочевидно слѣдующая задача процесса: 1) устройство военныхъ судовъ сколь возможно ближе уподобить устройству общихъ судовъ государства, 2) изъ законовъ общегражданскихъ судовъ принять всѣ тѣ, которые не противны спеціальнымъ военнымъ, или, говоря точнѣе, войсковымъ требованіямъ. Главныя войсковыя требованія: 1) не только сохраненіе, но, если можно, и усиленіе военной дисциплины и чинопочитанія, 2) оставленіе за непосредственнымъ начальствомъ не только надзора, но и отвѣтственности за соблюденіе въ частяхъ должнаго порядка и повиновенія, 3) обезпеченіе личности каждаго отъ произвола и несправедливости высшихъ, и съ другой стороны, обезпеченіе высшихъ отъ происковъ подчиненныхъ [1]). Далѣе творцы устава еще разъ настоятельно проводятъ мысль о необходимости заимствованія отъ общаго законодательства, и тутъ же ее пытаются обосновать. „Какъ въ порядкѣ собиранія свѣдѣній, по производству слѣдствія, въ отношеніи опроса обвиняемаго и свидѣтелей и проч., такъ и относительно самаго значенія предварительнаго слѣдствія, повѣрки слѣдствія на судѣ и проч., установленныя въ военномъ вѣдомствѣ правила не должны различаться въ общемъ ихъ характерѣ отъ общегосударственныхъ законовъ. Это необходимо потому, что въ военные суды возможно приглашеніе лицъ гражданскихъ“ [2]). Но при этомъ границы отдѣленія власти начальника отъ власти суда, установленіе рубежа, на которомъ они должны останавливаться, не вторгаясь въ чуждую сферу, опредѣлены комиссіей далеко не юридическими признаками. Она устанавливаетъ не абстрактное существо ихъ взаимоотношеній, не способы воздѣйствія на міръ явленій психической и тѣлесной жизни, лицъ подвѣдомственныхъ, или не подвѣдомственныхъ суду, а даетъ чрезвычайно широкій и чуждый всякой опредѣленности критерій надзора за дѣйствіями начальника, со стороны высшей командной власти. По мнѣнію составителей устава, власть военнаго прокурора и слѣдователя начинается тамъ, гдѣ кончается дисциплинарная власть военнаго начальника и полковыхъ судовъ, что, разумѣется, не можетъ считаться особенно яснымъ [3]). Очевидно, установленіе законныхъ предѣловъ противъ упущеній и даже превышеній власти, которыхъ опасаются творцы устава, лежитъ опять-таки въ полосѣ неопредѣленнаго темнаго воззрѣнія высшей власти, дѣйствующей чисто интуитивнымъ путемъ въ анализѣ и пониманіи дѣйствія закона. Это обстоятельство и послужило основой множества отклоненій впослѣдствіи отъ принятыхъ за критерій началъ и внесло недостаточную послѣдовательность и юридическую нестройность въ систему созданнаго военно-судебнаго устава. Понятіе дисциплины, бывшее, какъ видно изъ мотивовъ, верховнымъ, опредѣляющимъ цѣль работы принципомъ, не было разобрано ни съ его внутренней соціологической стороны, ни во внѣшнемъ, юридическомъ его выраженіи, и отсюда, при анализѣ основныхъ принциповъ, оказалось множество отступленій и отъ доктрины, и отъ общихъ уставовъ, которыя не оправдываются цѣлями арміи и особенностями войскового быта. Надо замѣтить, что это произошло незамѣтно для самихъ творцовъ, какъ первоначальной редакціи устава, такъ и позднѣйшей—комиссіи по его пересмотру 1882—1885 г.г. Стоитъ прочесть мотивы пересмотра, какъ мы тотчасъ же найдемъ тѣ же основанія, которыя были въ виду у составителей кодекса, ибо предполагаемыя измѣненія носятъ далеко не принципіальный характеръ. Комиссія первымъ дѣломъ считала нужнымъ признать необходимость поддержанія обвинительнаго процесса, вошедшаго въ русскую жизнь съ эпохи великихъ реформъ [4]). Разрабатывая условія будущей

---

[1]) Id,. цит. соч.

[2]) Id., стр. 48.

[3]) Id., стр. 55.

[4]) При существованіи обвинительнаго процесса, первымъ условіемъ является разграниченіе функцій суда и распредѣленіе ихъ между отдѣльными элементами. Такими элементами являются: слѣдователь, судья

реформы, записка главнаго военнаго прокурора указала на слѣдующія неудобства: 1) медленность, 2) дороговизна, 3) неудобство судовъ мирнаго времени въ военное, 4) многочисленность военнаго судебнаго персонала, 5) допущеніе гражданскихъ чиновъ въ военно-судебное вѣдомство, 6) отсутствіе связи между судомъ и войскомъ. Главный военный прокуроръ указываетъ, что цѣлью реформы является достигнуть этого, „не колебля основныхъ началъ, дѣйствія судоустройства и судопроизводства“ [1]). Изъ приведенныхъ выше цитатъ несомнѣнно, что въ принципѣ нашъ законъ примыкаетъ къ французскому типу и считаетъ обязательнымъ отдѣленіе власти судебной и командной власти начальника, и введеніе прочихъ обвинительныхъ началъ [2]). Эти положенія были вмѣстѣ съ прочими основаніями общаго процесса закрѣплены соотвѣтствующими статьями военно-судебнаго устава. Таковы статьи 1, 213, 950, 796, 593, 880, 882, 885, 948, 825, 599, 736, 803, 221, 230, 224, 787, 783, 593, 788—796, 801, 803, 804, 805.

Глава IV.

Переходя теперь къ теоретическому обоснованію необходимости общихъ принциповъ въ военномъ и общемъ процессахъ и даже тождественности ихъ, я долженъ предварительно указать на тотъ фактъ, что практически эта общность находитъ себѣ выраженіе во всѣхъ великихъ государствахъ Европы, за исключеніемъ Германіи и Австріи, да и тамъ, какъ напримѣръ въ первой, приняты за основаніе внѣшнія формы обвинительнаго процесса, хотя и лишенныя всякаго значенія, благодаря институту герихтсхерровъ. Я полагаю, что такую общность можно установить, если принять за основаніе тотъ же критерій, какимъ я пользовался ранѣе, при разрѣшеніи поставленныхъ вопросовъ. Это вліяніе личности и ея положенія въ войскѣ, которое будетъ соотвѣтствовать соціологической сторонѣ процесса, а затѣмъ необходимость изученія права, въ его юридическомъ выраженіи, какъ совокупности нормъ дѣйствующаго въ войскѣ законодательства. Прежде всего, нельзя не указать на совершенное отсутствіе въ литературѣ иностранной какихъ-либо серьезныхъ доводовъ неизбѣжности тождества основныхъ началъ общаго и военнаго процессовъ. Даже знаменитый Лоренцъ Штейнъ, признавая громадное вліяніе, внесенное замѣной сословнаго права войска всеобщей гражданской обязанностью военной службы, оставляетъ этотъ вопросъ безъ отвѣта. Онъ основываетъ такой пробѣлъ въ доказательствахъ, на отсутствіи полнаго развитія ландверной системы [3]). Но однако же, онъ все же высказывается за полную передачу общегражданскихъ правонарушеній, совершаемыхъ военнослужащими, гражданскимъ судамъ, оставляя за военными лишь спеціальныя нарушенія воинскихъ обязанностей и порядка службы. Рядомъ съ этой, вполнѣ научной мыслью, высказывались положенія прямо курьезнаго свойства. Тотъ же юристъ полагалъ различать понятія судебной и дисциплинарной отвѣтственности слѣдующимъ образомъ: «Обязанности абсолютнаго служебнаго повиновенія предполагаютъ наружныя отличія повелѣвающаго (мундиръ,

---

обвинитель и защитникъ. Безъ этого состава немыслимо правильное отправленіе правосудія. Далѣе, говоря о внутреннемъ убѣжденіи, комиссія заключаетъ: «внутреннее убѣжденіе» не поддается контролю,—подобно тому, какъ приговоръ, основанный на теоріи формальныхъ доказательствъ.

[1]) Дѣло архива Главн. Воен. Суда, № 19, стр. 2—4.

[2]) См. объ этомъ сб. зак. работ., стр. 24.

[3]) Объ этомъ его соч., стр. 232 и 229.

эполеты, портупею и т. д.), гдѣ ихъ не имѣется, тамъ неповиновеніе принадлежитъ къ области воинской дисциплины, тамъ, гдѣ они существуютъ, оно становится преступленіемъ [1]). Я полагаю, что положенія, выставленныя здѣсь, столь изумительны, что критиковать ихъ не представляется необходимымъ, они важны для иллюстраціи чрезвычайной спутанности понятій, даже у наиболѣе замѣчательныхъ представителей науки, когда рѣчь заходитъ объ основахъ военнаго процесса. Въ дѣйствительности, необходимость общихъ принциповъ судовъ военныхъ и гражданскихъ вытекаетъ главнымъ образомъ изъ связи войска и государства, какъ соціологическихъ явленій. Прежде всего, посмотримъ, какія соціальныя отличія несутъ въ своемъ существѣ гражданское общество и войско, чтобы убѣдиться, нѣтъ ли тутъ органическихъ противорѣчій. И общество и войско, прежде всего со стороны соціологической, суть лишь группировки индивидуумовъ, объединенныхъ между собою отчасти естественнымъ закономъ совмѣстной жизни, отчасти искусственными системами формъ общенія, придающими этимъ образованіямъ крѣпость, этимъ сцѣпленіямъ единство, этимъ особенностямъ постоянное существованіе. Поскольку, въ отношеніи общества, еще Аристотель опредѣлялъ человѣка какъ «Zoon logikon kai politikon», постольку и въ наше время это понятіе общежительности человѣческаго существа стало азбукой соціологическихъ разсужденій. Извѣсто, что новѣйшія системы морали, утилитарная мораль Стюарта Милля, біологическая мораль Спенсера, строятъ всѣ свои выводы исключительно на почвѣ общественности человѣка [2]). Тогда-то и возникаетъ глубокая связь учрежденій обычнаго и естественнаго права, являющаяся основой гарантій личности въ государствѣ, и установленія предѣловъ его политической дѣятельности. «Jus gentium» является здѣсь въ формѣ положительнаго закрѣпленія общественнаго инстинкта, порядка отношеній, которыя обезпечиваютъ всеобщее признаніе, ихъ цѣлесообразности и необходимости. Впослѣдствіи по вліяніемъ столкновеній съ другими національными ассоціаціями, и возникаетъ абстракція jus naturae, выступая въ сознаніи индивидуумовъ, какъ неизмѣнный и природный законъ, доступный умозрительному пониманію, находящему въ немъ разумныя основанія государственнаго и общественнаго порядка [3]). Съ этимъ естественно связывалось понятіе о справедливомъ и несправедливомъ, являющееся основой всѣхъ человѣческихъ общежитій [4]). Въ то же время потребность прогресса, связаннаго съ запасомъ творческихъ желаній личности, объ измѣненіи окружающей среды, въ цѣляхъ полученія наивозможнаго максимума существованія, выдвигаетъ личность на первый планъ, создавая изъ сложной цѣпи индивидуальныхъ функцій возможность увеличенія жизненнаго запаса энергіи цѣлаго [5]). Вмѣстѣ съ тѣмъ, вліяніе подражанія заставляетъ самый богатый мозгъ зависѣть отъ суммы текущихъ въ полосѣ его сознанія общественныхъ явленій. Принципъ подражанія указываетъ все болѣе и болѣе на роль самостоятельнаго индивидуума въ выработкѣ формъ прогресса и устанавливаетъ необходимую предпосылку—закрѣпленіе за личностью права внутренняго освобожденія (моральнаго), и внѣшней самодѣятельности, охватывае-

---

[1]) Idem, стр. 222.

[2]) «Жить въ обществѣ такъ естественно, такъ необходимо, такъ свойственно человѣку, что за исключеніемъ развѣ только нѣкоторыхъ совершенно необычайныхъ обстоятельствъ, или за исключеніемъ сознательнаго уединенія, человѣкъ не можетъ себѣ представить самого себя иначе, какъ членомъ общества, и эта общительность тѣмъ болѣе крѣпнетъ, чѣмъ болѣе человѣчество отдаляется отъ своего первоначальнаго дикаго состоянія. Вслѣдствіе этого всѣ существенныя условія общей жизни становятся съ каждымъ днемъ все болѣе и болѣе нераздѣльной частью, того воззрѣнія индивидуума, какое онъ имѣетъ на порядокъ, въ которомъ онъ рожденъ и жить въ которомъ—его назначеніе». (Милль—Утилитаризмъ гл. VI, 1882 г., перев. Невѣдомскаго. Гюйо—Истор. и критика соврем. Англ. учен. о нрав. 1896 г., стр. 88. Петербургъ.

[3]) Объ этомъ Гиддингсъ, стр. 392, 1898 г. Петербургъ. Основаніе соціологіи.

[4]) Объ этомъ Вильсонъ—Государство и проч., стр. 130—139, 1905. г. Петербургъ.

[5]) Объ этомъ—Историч. письма Лаврова, стр. 98—100, 1906 г. Петербургъ.

[6]) Іерингъ—Дух. римск. права, стр. 70.

мой понятіемъ политической свободы [1]). Чѣмъ шире развивается общность національнаго вліянія, тѣмъ болѣе увеличивается запасъ особыхъ потребностей личности на самость внутренней жизни и ея внѣшнихъ проявленій, и личность, съ особенной настойчивостью, отграничиваетъ цѣлокупность своихъ волевыхъ изволеній отъ громады государства, стоящаго на самомъ ихъ рубежѣ, чтобы утилизировать всѣ силы и всѣ побуды воли въ свою пользу [2]). Для огражденія этой самости, какъ говорено уже выше, организуется судъ, который ближайшимъ образомъ является охранителемъ развитія индивидуальности и черезъ нее общества и государства. Изъ стремленія націи къ прогрессу вытекаетъ необходимость образовать такую общественную организацію, которая поддерживала бы солидарность въ самостоятельности, единство въ различіи, устойчивость среди безпрестанныхъ измѣненій [3]). Нужно, однимъ словомъ, гарантировать правомѣрность личной дѣятельности и ея свободу [4]). Такимъ образомъ, какъ я говорилъ, возникаетъ понятіе обычнаго, а впослѣдствіи писаннаго права. Идея развитія личности, вступая въ русло прогрессивной эволюціи жизни, обусловлена по мнѣнію Макензи въ его «Введеніи соц. филос.» тремя элементами: 1) покореніемъ природы, 2) усовершенствованіемъ общественнаго механизма и 3) личнымъ развитіемъ. Беджготъ, въ «Физикѣ и политикѣ», основной признакъ прогресса видитъ, у данной національности, въ способности отражать и покорять себѣ другія націи. Стало быть войско, орудіе этого прогресса [5]), должно носить въ себѣ элементы внутренняго развитія, самодѣятельности и способности въ культурномъ состязаніи одерживать верхъ, путемъ страданія въ настоящемъ, покупая радость будущаго, и, черезъ собственную смерть, запечатлѣвая право націи къ полной и широкой жизни [6]). Гиддингсъ опредѣляетъ прогрессъ, какъ возрастающее превращеніе видовъ энергіи, не сопровождавшейся психическими обнаруженіями, въ виды энергіи, которые сопровождаютъ психическія явленія, возрастающей сложности [7]). А въ этомъ случаѣ, примѣняя эти выводы къ войску, мы снова сталкиваемся съ личностью, только поставленною въ особую обстановку, приспособленную къ особымъ цѣлямъ побѣды и войны. Каковы же условія этой побѣды, особенности міропониманія, системы понятій, въ которыхъ воинъ высказываетъ свой взглядъ на міръ, на жизнь, на цѣли общества, на смыслъ жизни государства. Я говорилъ уже, какимъ могучимъ орудіемъ сплоченія разрозненныхъ личностей является дисциплина. При посредствѣ ея, войско получаетъ послѣднюю сплоченность и однородность, для выступленія въ качествѣ орудія государства, въ борьбѣ за право прогресса и развитія индивидуальныхъ силъ и общественныхъ воможностей. Чтобы выразить мою мысль коротко,—государство образуетъ единство людей—въ идеѣ общей пользы, дисциплина даетъ войско—въ идеѣ единой солидарности (фактической близости.) Но при употребленіи дисциплины, какъ средства созданія надлежащаго порядка въ войскѣ, въ смыслѣ проникновенія его волей Верховнаго Вождя, объектомъ ея остается все тотъ же человѣкъ, съ вѣчнымъ постоянствомъ своей духовно-нравственной природы. Поэтому дисциплинѣ приходится считаться съ тѣми свойствами личности, которыя господствуютъ надъ солдатомъ и развиваютъ въ немъ прежде всего человѣка, со всѣмъ разнообразіемъ и богатствомъ духовной и физической его

---

[1]) Объ этомъ Тардъ—Преступн. и преступл., стр. 130 и 243, 1906 г. Москва.

[2]) Возбужденіе различныхъ чувствованій, отъ котораго зависитъ субъектъ самосохраненія, имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ весьма дифференцировавшійся индивидъ приходитъ въ соприкосновеніе съ другими такими же, и гдѣ сравненія, столкновенія и безчисленныя взаимныя вліянія вызываютъ массу реакцій, остающихся въ недифференцированной средѣ скрытыми. Зиммель—Соціальная дифференціація, стр. 110, 111 и слѣд. 1898 г. и Гиддингсъ, стр. 428.

[3]) Duguit t. I, p. 286—287 et 68, цит. соч.

[4]) Гиддингсъ, стр. 391.

[5]) Іерингъ—Дух. римск. прав., стр. 215 и сл.

[6]) Спенсеръ—Научн. основ. нравствен., стр. 131, 1896 г.

[7]) Стр. 498.

природы. Человѣческое сердце есть отправная точка всѣхъ стремленій дисциплины, и войско уже получаетъ человѣка имѣющимъ опредѣленную конституцію возрастившей его соціальной среды, исполненнымъ тѣхъ же силъ и стремленій, грезъ и думъ, какія дали ему семья, школа, общественныя вѣрованія, соціологическіе инстинкты. Великолѣпно говоритъ объ этотъ де Пикъ, въ своемъ глубокомъ сочиненіи—Изслѣдованіе боя въ древн. и нов. времена [1]). А тогда намъ станетъ понятнымъ, что дисциплина должна базироваться на основномъ инстинктѣ общественности, на главныхъ устояхъ соціальной природы. Субъективныя чувства не создаютъ въ войскѣ идеаловъ безгрѣшной рѣшимости умирать за абстрактную идею будущей счастливой жизни. Лямиро глубоко правъ, когда напоминаетъ, что идея вѣрности и повиновенія имѣетъ значеніе для индивидуальной природы, а не для коллективной. Прочтите сочиненія знаменитыхъ мастеровъ военнаго дѣла, и вы увидите, что солдатъ долженъ уже быть человѣкомъ въ лучшемъ смыслѣ, чтобы стать дисциплинированнымъ воиномъ. Вотъ что говоритъ Маршалъ Саксонскій въ своемъ сочиненіи—Le soldat [2]): «чтобы быть хорошимъ солдатомъ, надо имѣть больше добродѣтели, чѣмъ обыкновенному человѣку, нужно имѣть меньше слабостей, больше мужества. Нужно мало бояться смерти, быть увѣреннымъ въ хорошемъ состояніи своей души, нужно быть справедливымъ, человѣчнымъ, милостивымъ, снисходительнымъ, скромнымъ, умѣреннымъ, терпѣливымъ, неподкупнымъ» [3])[4]), и мног. друг. [5]). Я привелъ въ примѣчаніи длинную выписку мыслей Стронина, ибо въ ней мастерски указывается органическая связь войска съ націей и государствомъ [6]). При такой близости этихъ организацій, станетъ понятной необходимость созданія въ войскѣ тѣхъ же соціальныхъ условій, какія сложились въ государственномъ организмѣ, для выдѣленія въ немъ максимума личныхъ усилій, увлеченія, возбужденія, развитія чувствъ гордости, независимости, уваженія къ праву и потребности въ справедливости. Если личность

---

[1]) Стр. 2-я. «Въ основѣ всегда найдемъ одного и того же человѣка, изъ этого-то человѣка, въ сущности всегда одного и того же, выходятъ люди, искусные повелители, которые организуютъ его дисциплину.

Стр. 28 цит. соч.

[2]) Ch. 10, p. 205.

[3]) То же говоритъ de la Billon—Les principe de l'art militaire ou il est sommérement traité de la plupart des charges et devoirs des hommes qui sont dans une armeé, p. 10, 1626. Royen.

[4]) Дюра Лассаль—О званіи генерала, стр. 47—48.

[5]) Тогда станетъ понятнымъ то, что говорилъ объ этомъ нашъ знаменитый соціологъ Стронинъ—«Политика какъ наука», 1872 г., стр. 282—284. Спб. Сначала онъ говоритъ о вліяніи солидарности и затѣмъ продолжаетъ: «а что все это означаетъ, какъ не потребность гражданственности войска, способность его быть не только воинами, но и гражданами, участіе его въ дѣлахъ страны, не только изъ повиновенія, но и изъ доброй воли. Машинальная армія—плохой залогъ для добродѣтельныхъ подвиговъ. Такимъ образомъ въ войскѣ принимаютъ прямое участіе, не только всѣ умственныя средства всѣхъ родовъ интелигенціи, но также всѣ нравственныя, и не только роды вліянія, но и всѣ роды добродѣтели. Ни чувства долга, ни степень чувства законности, ни безкорыстіе, ни мужество, ни патріотизмъ, не могутъ быть въ арміи иными, чѣмъ тѣ, что находятся дома, въ тѣхъ обществахъ, откуда армія эта извлечена. Изъ всего этого слѣдуетъ, что армія есть чистый сколокъ съ своего государства, есть миніатюра его; она есть само государство, только сжатое и сгущенное до возможно меньшаго объема. Для войны необходимо глубокое знаніе историческихъ обстоятельствъ, глубокое пониманіе политическихъ дѣлъ и глубокое сознаніе международныхъ и народныхъ отношеній». Тутъ смѣшиваются и законодательство, и судъ, и управленіе, и все требуетъ обдуманности при быстротѣ, цѣлесообразности безъ медленности, и знанія безъ предварительнаго изслѣдованія и новыхъ изученій. Вся цивилизація, вся культура, вся гражданственность націи стекаются въ войскѣ и въ такомъ видѣ идутъ мѣряться со всей цивилизаціей и культурой непріятеля. Да и какъ себѣ представить, чтобы человѣкъ, пріобрѣтая и укрѣпляя, сверхъ физическихъ силъ, также и умственныя, и нравственныя и вводя ихъ во всѣ случаи своей жизни, оставлялъ бы ихъ въ сторонѣ лишь въ случаѣ войны, т. е. тамъ, гдѣ вся совокупность силъ нужнѣе, чѣмъ гдѣ либо. Надобно глубокое непониманіе соціальнаго процесса и самой органичности общества, чтобы хоть на мигъ допустить возможность такого неестественнаго разобщенія въ организмѣ, по которому цивилизація сама по себѣ, а физическая сила сама по себѣ, и съ арміей на войну мы отправляемъ лишь вторую».

[6]) Marion—цит. соч., p. 159.

является орудіемъ прогресса общества, то солдатъ есть орудіе прогресса государства, а будемъ ли объяснять прогрессъ съ Контомъ, какъ ростъ разума, или какъ Спенсеръ, ростомъ симпатій, намъ безразлично придется признать необходимость въ развитіи всѣхъ идеаловъ личности въ солдатѣ и, стало быть, стремленіе къ огражденію его отъ всѣхъ произвольныхъ вліяній. Это даетъ только правильно построенный процессъ, который является прежде всего орудіемъ соціальной политики и средствомъ обезпеченія нормъ прогресса индивидуума. Обезпечивая же за войскомъ тѣ же гарантіи, какъ и за гражданами, придется признать насущную необходимость ограждать развитіе мысли въ войскѣ такъ же, какъ и въ націи, къ которой сводятся въ конечномъ счетѣ всѣ цѣли прогресса [1] [2] [3]). Нужно, чтобы индивидуальность расцвѣла въ арміи во всемъ своемъ блескѣ, нужно, чтобы духъ индивидуума былъ отраженіемъ великихъ обѣтованій, безтрепетныхъ надеждъ, изначальныхъ потребностей націи нужно, чтобы солдатъ укладывалъ всю нѣжность своего сердца и все мужество своей души въ абстрактный принципъ государственнаго преобладанія, въ блескъ національной славы [4]). Такимъ образомъ для гражданъ, пришедшихъ въ войска, во имя гражданскаго долга, необходимы всѣ гарантіи личности и все уваженіе къ гражданственности, а стало быть, и всѣ тѣ принципы, какіе выработалъ обвинительный процессъ, для созданія въ обществѣ прочнаго порядка и увѣренности въ завтрашнемъ днѣ. Чрезвычайно интересны пренія по этому вопросу въ Германскомъ Рейхстагѣ въ 1893 г. Докторъ Штауфенбергъ говоритъ: «Если и правительство говоритъ, что военныя обстоятельства вліяютъ на образованіе военнаго процесса, то нѣтъ никакихъ основаній, чтобы основные принципы, на которыхъ покоится право и порядокъ, стояли подъ вопросомъ».

Солдатъ, слитый съ гражданами, довѣряющій интересы отечества дѣятельности Верховнаго Вождя, справедливость военнаго суда, такая же правильная, какъ та, что основывается въ общемъ судѣ,—вотъ неизбѣжныя условія существованія войска, а не орды, организованныхъ усилій, а не фиксированнаго безпорядка, орудія славы націи, а не средства ея позора и пораженія. Изъ понятія высшей сближенности интересовъ гражданина и солдата, вытекаетъ необходимость общихъ принциповъ охраненія личности того и другого [5] [6] [7]). Изъ органической связи войска и государства вытекаетъ еще одно условіе неизбѣжной общности дѣйствующаго тамъ и здѣсь уголовнаго про-

---

[1]) Объ этомъ Cournot—Consideration sur le marche des idées et des evenements dans les temps moderne. Paris, 1872. pref et Ag. Comte—Cours de philosophie positive 1869, p. 460. Paris.

[2]) Тоже Zenk, 70, 71.

[3]) Elger v. Schweizer kriegsvesens, S. 192, разсказываетъ, что въ Швейцарскомъ войскѣ, въ эпохи XIV и XV вѣковъ, при общемъ съ государствомъ обвинительномъ процессѣ, господствовалъ самый большой порядокъ, удивительный, въ то распущенное, полное безобразій, время. Взято у Ценка.

[4]) Прекрасно описываетъ Рюстовъ причины побѣды французовъ, въ революціонной войнѣ. «Революція провозгласила равенство всѣхъ гражданъ, революція же его осуществила. Привыкши видѣть въ теченіе столѣтій въ арміи только матеріалъ, который необходимо было лишать жизни, для того, чтобы сдѣлать ихъ годными, удивленная Европа теперь вдругъ увидѣла войско, въ которомъ каждый человѣкъ выказывалъ личную предусмотрительность, самодѣятельность, которымъ нельзя было распоряжаться, какъ простымъ матеріаломъ, и который желалъ употреблять въ дѣло всѣ свои живыя силы, для содѣйствія общей цѣли». Ист. пѣхоты, 1876 г., стр. 242—243. Петербургъ.

[5]) Дангельмайеръ объ этомъ высказывается вполнѣ опредѣленно. «Основные уголовные принципы, для военно-уголовнаго права въ общемъ тѣ же, что и для общаго: основа наказанія, внутренняя справедливость, цѣлью ставимой государствомъ—связь наказанія съ поддержкой порядка въ войскѣ. Militärrächtl. abh S. 157, 161 1893. Wien.

[6]) Чрезвычайно рѣзко высказывается противъ всякой особенности военнаго процесса проф. Михайловскій въ Осн. нач. уг. проц., стр. 57. 1906 г.

[7]) Въ наше время не довольно исполнить требованіе Маккіавелли, чтобы лишь правитель понималъ войну, теперь и народы не менѣе нуждаются въ ея знаніи. Они должны сами умѣть ковать ея оружіе, укрѣпить свои руки, чтобы владѣть имъ, закалить свою душу для перенесенія испытаній, которые приноситъ имъ борьба за отчизну. Гольцъ—Вооруженный народъ, стр. 436.

цесса. Стягиваніе всѣхъ силъ государства въ моменты борьбы, къ войску и его интересамъ, дѣлаетъ это послѣднее фокусомъ вниманія каждаго гражданина, къ нему направляетъ самыя пылкія воззванія, самое страстное преклоненіе, самую полную признательность. Но зато, общество съ тѣмъ большею щепетильностью слѣдитъ за каждымъ ограниченіемъ права военно-служащаго, которое неизмѣнно, съ эгоистической стороны, имѣетъ силу потому, что постигаетъ, въ потенціальной возможности каждаго гражданина, а съ этической—основывается въ самыхъ благородныхъ инстинктахъ общежительности человѣка. Величіе смерти за идею, которое блеститъ на штыкахъ войска, готовящагося въ мирѣ къ войнѣ, жажда жертвы за общій успѣхъ и страданія за общую радость толкаетъ гражданъ на самыя трогательныя выраженія признательности, сочувствія, симпатій. Отсюда требованіе созданія наибольшихъ гарантій для человѣка, который самой профессіей своей какъ бы имѣетъ патентъ на благородство. Если государство, организующее войско, желаетъ имѣть все сочувствіе гражданъ на своей сторонѣ, а безъ этого побѣда невозможна, ему необходимо создавать эти гарантіи, и именно тѣ, на которыя общественная масса указываетъ, какъ на желательныя и необходимыя въ войскѣ. Такими гарантіями по необходимости окажутся встрѣчаемыя гражданами въ общественной средѣ и въ обиходѣ и, стало быть, гарантіи общаго уголовнаго процесса [1]). Эти соображенія находятъ себѣ подтвержденіе у насъ съ оффиціальной стороны, именно въ запискѣ главнаго военнаго прокурора № 13, о желательныхъ измѣненіяхъ въ военномъ процессѣ (отъ 1882 г.). Тамъ говорилось: «Особыя требованія военной службы если и могутъ оказать вліяніе, то лишь на внѣшнюю, обрядную сторону, но не на существенныя постановленія о судопроизводствѣ». Итакъ, если способы изысканія истины при единствѣ основныхъ началъ суда не могутъ быть различными, то въ этой части своей военное судопроизводство является по необходимости сходнымъ съ судопроизводствомъ общеуголовнымъ. Такое сходство опредѣляется и тѣмъ воззрѣніемъ нашего законодательства, по которому, разъ состоялось преданіе суду, военный начальникъ, въ интересахъ правосудія, не можетъ и не долженъ принимать участіе (непосредственно) въ дальнѣйшемъ ходѣ дѣла на судѣ, и судъ долженъ пользоваться всею силой и полнотою власти, которая необходима для правильнаго и безпристрастнаго рѣшенія дѣла. Я уже доказалъ невозможность войску обойтись одними дисциплинарными наказаніями и дисциплинарной властью, а разъ судъ необходимъ, то остальныя посылки вытекаютъ сами собой. Въ отношеніи войска долженъ быть организованъ судъ, разсматривающій преступныя дѣянія военно-служащихъ [2]). Всѣ усилія этого суда направляются, какъ въ обществѣ, на личность, должны гарантировать ее со стороны возможныхъ ошибокъ, обороняя отъ произвола начальниковъ, и въ то же время, раскрыть фибры преступной воли, отыскать причины позорнаго для воина желанія, изслѣдовать истину во всей ея полнотѣ, чтобы, примѣняя кару, указывать средство исцѣленія, анализируя дѣйствія—уничтожить ихъ источникъ. Принципъ обвинительнаго процесса удовлетворяетъ этическимъ условіямъ въ высшей мѣрѣ, они и должны быть, безъ колебанія и непослѣдовательности, примѣняемы къ кодексу войска. Въ засѣданіи рейхстага 1891 г. Штауфенбергъ говорилъ: «военный судъ долженъ быть точнымъ и справедливымъ, и всѣ должны быть равны передъ закономъ, онъ не долженъ смотрѣть на лицо. Право должно представлять нарушителю гарантію, чтобы онъ, очутившись противъ

---

[1]) Stierneman—Principe de l'art de la geurre detailles avec ordre et prouver par une description exacte de la discipline militaire de ancien Grec et Romain, t. II. Paris, 1744. Принципъ, по которому дѣйствовало это правленіе (правленіе древняго Рима и Греціи) это, такъ сказать, страсть человѣческая, которая волнуетъ гражданина, и эта страсть—любовь къ отечеству, ибо кто самъ издаетъ законы, этимъ самимъ создаетъ условія, при которыхъ долженъ подчиниться имъ, самъ переносить ихъ тягость p. 2.

[2]) «Il faut que la justice soit forte mais que la force soit juste». Tronché.

суда, правильную и внѣпартійную юстицію находилъ» [1]). Посмотримъ теперь, какъ важна эта необходимость съ юридической стороны. Военное право есть установленіе юридическихъ правовыхъ отношеній между элементами войска, и построеніе этихъ отношеній по шкалѣ іерархической зависимости, для осуществленія воли Верховнаго Вождя войска, во всей полнотѣ войсковой жизни [2]). Военное право, такимъ образомъ, закрѣпляетъ постоянство формъ общежитія, въ которомъ выражается взаимодѣйствіе недѣлимыхъ войска между собою и единой, опредѣляющей волей Верховнаго Вождя. Для того, чтобы эти отношенія были юридическими, требуется строгая разработка провомочій и правообязанностей, которыя изъ нихъ вытекаютъ, а стало быть, система законодательныхъ нормъ, при которой эти права были бы ограничены и эти обязанности опредѣлены. Отсюда возникаетъ необходимость порядка судопроизводства, дающаго наивысшую гарантію такой личности и такъ какъ, такимъ порядкомъ, и научно, и исторически признанъ обвинительный процессъ, армія должна имѣть судъ, руководимый принципами обвинительнаго процесса. Кромѣ того, такая общность процесса вытекаетъ изъ опредѣленія государства, какъ единаго юридическаго отношенія, господствующаго надъ всѣми гражданами [3]). Разъ государство есть юридическое отношеніе, то условія взаимодѣйствія составляющихъ его субъектовъ должны быть правовыми, а значитъ и самыя важныя изъ нихъ—способы воздѣйствія на личность, для установленія возможной отвѣтственности ея передъ государствомъ. Сила этихъ доказательствъ видна изъ слабости доводовъ противниковъ: «равенство всѣхъ передъ закономъ, являющееся труизмомъ въ общемъ процессѣ, въ военномъ невозможно», говоритъ Ценкъ [4]) и затѣмъ доказываетъ совершенно непонятнымъ способомъ: «вся разница въ товариществѣ и въ духѣ самоотреченія та, что даже въ случаѣ казни, казнится рукою товарища». Остается непонятнымъ, что можно доказать этой фразой?! Такимъ образомъ и съ юридической стороны, такъ же какъ и съ соціальной, я считаю доказаннымъ одинъ изъ основныхъ принциповъ: армія должна имѣть судъ организованный и дѣйствующій по общему типу. Опредѣляющимъ его критеріемъ и условіемъ является личность. Процессъ, соотвѣтствующій типу цивилизаціи и времени, долженъ быть обвинительнымъ. Цѣли процесса арміи и націи должны быть общи, и онѣ прекрасно выражены у Эли [5]): «цѣль уголовнаго процесса—полное проявленіе истины, его принципъ—равное покровительство всѣхъ правъ, всѣхъ интересовъ, интересовъ общихъ и интересовъ обвиняемаго, съ помощью формъ, которыми онъ себя окружаетъ и гарантій, которыя онъ даритъ». Насколько серьезно вліяніе, оказываемое положеніемъ личности въ процессѣ, видно уже изъ того, что въ Германіи, задолго до введенія въ войско обвинительнаго процесса, уже возбуждался вопросъ о гарантіяхъ свободы военнослужащихъ и подъ вліяніемъ общественныхъ теченій, отстаивающихъ право индивидуальнаго самоопредѣленія, былъ изданъ законъ 9 іюля 1862 г., предоставляющій право предварительнаго ареста унтеръ-офицеровъ и рядовыхъ лишь тогда, когда ими совершено преступленіе противъ офицера (§ 4) или совершено преступленіе, облагаемое не менѣе какъ двумя годами тюрьмы (6) [6]). Тѣмъ болѣе замѣчательно глубокое непониманіе особенностей военнаго существованія, которое дѣлаетъ Глязеръ въ своемъ руководствѣ къ уголовному процессу.

---

[1]) Парламентскій отчетъ. «Это, можетъ быть, самый чувствительный пунктъ въ военномъ процессѣ и здѣсь она можетъ быть болѣе необходима, чѣмъ въ общеуголовномъ судѣ». Id.

[2]) Штейнъ, стр. 218, цит. соч.

[3]) См. объ этомъ Іерингъ—«Цѣль въ правѣ», стр. 284. Петербургъ. У насъ Коркуновъ и другъ. Какъ вѣрно говоритъ объ этомъ Duguit: «l'état ne peut pas tout faire pour réaliser le droit que par des moyens conformes au droit» p. 280 t. I. L'état le droit. 1901.

[4]) Цит. соч., стр. 40.

[5]) Цит. соч., т. I, стр. 7, 1868 г.

[6]) Объ этомъ у Крауса, стр. 88.

ставя въ немъ войско внѣ общегосударственныхъ законовъ [1]). Его обманулъ институтъ герихтсхерровъ, который дѣйствительно есть отрицаніе суда. Вейсль, въ своемъ сочиненіи [2]), даже эпиграфомъ выставилъ: «между справедливостью и дисциплиной не можетъ быть никогда конфликта» и говоритъ о своей безграничной благодарности къ человѣчности и любви къ справедливости Александра II, который своей реформой ввелъ въ нашу армію начала обвинительнаго процесса [3]). Дангельмайеръ, признавая полное тождество обще-уголовнаго и военно-уголовнаго правъ, однако же совершенно неожиданно утверждаетъ, что необходимо принимать во вниманіе неизбѣжность измѣненій, обусловленныхъ требованіями дисциплины. Но какими должны быть эти измѣненія, при незыблемости основныхъ принциповъ, авторъ умалчиваетъ [4]).

Наконецъ, съ юридической стороны, необходимость общихъ основаній процесса явствуетъ изъ близости отношеній войска и гражданъ и сложности всей системы нашей соціальной жизни, которая ставитъ гражданъ въ частую возможность являться передъ военными судами въ качествѣ лицъ, участвующихъ и привлеченныхъ по дѣламъ. При немыслимости раздѣленія живого матеріала процесса по званіямъ, придется считаться непремѣнно съ этой возможностью появленія передъ судомъ военнымъ, и не служащихъ въ войскѣ, гражданъ. А при этихъ условіяхъ отпадаетъ всякая возможность базироваться на понятіи дисциплины, или особаго военнаго быта, въ лишеніи ихъ гарантій, и потому юридически необходимо формулировать процессъ по общимъ началамъ, принятымъ въ государствѣ. Насколько такая потребность сказывается и въ догмѣ современнаго процесса, видно изъ того, что въ немъ приходится иногда давать гражданамъ особыя преимущества противъ военно-служащихъ, таковы, напримѣръ, § 81 корреспондирующій с. 80 § французскаго устава 1857 г. Наконецъ, послѣднее соображеніе, если можно такъ сказать, уголовно-біологическаго характера, лежитъ въ самой сущности современнаго войска. Фатальная необходимость общности процесса, съ внѣшней стороны, выражается постояннымъ прогрессомъ таковой (объ этомъ уже приведено достаточно ясныхъ доказательствъ), а съ другой стороны—природой соціальныхъ отношеній. Эти отношенія, по мѣрѣ роста цивилизаціи, все больше и больше усложняются и историческое возникновеніе новыхъ соціальныхъ группировокъ, обусловленныхъ развившимися потребностями и способами ихъ удовлетворенія, являются труизмомъ соціальной науки [5]). А вмѣстѣ съ усложненіемъ жизни, большой клубокъ соціальныхъ нитей, связывающихъ войско и гражданъ въ политическое единство, все больше и больше переходитъ въ группировку, изолированность въ многосложность и такимъ образомъ въ дальнѣйшемъ, появленія гражданъ передъ судомъ военнымъ должны все болѣе учащаться, а требованія гарантій все настойчивѣе рости. Послѣднимъ соображеніемъ того же характера, но уже спеціально военнаго, являются особенности современной жизни войска. Я разумѣю все возрастающіе періоды мира, раздѣляющіе государства отъ войны до войны. Если первобытная исторія человѣчества является сплошнымъ мартирологомъ военныхъ бѣдствій, и войско живетъ годами подъ угрозой безпрерывной борьбы съ противникомъ, то совершенно обратную картину представляетъ современная историческая эпоха. Уклоненіе отъ началъ уголовной доктрины, которой обусловлена дѣйствительная ихъ необходимость состояніемъ войны, теперь играетъ далеко второстепенную роль въ войскѣ.

---

[1]) «Гдѣ дѣло идетъ о нарушеніи подчиненности и безопасности отъ непріятеля, реактивъ противъ такихъ преступленій получаетъ болѣе характеръ непосредственнаго вмѣшательства высшей государственной власти и дисциплинарнаго взысканія, чѣмъ судебнаго преслѣдованія». Ч. I. стр. 24. 1882 г. Цит. соч. Спб.

[2]) Milit. Strafpr. in Deutchl. и т. д.

[3]) Zenk въ цит. соч., стр. 31, точно также считаетъ необходимымъ распространить обвинительный принципъ и общность формъ процесса изъ «взаимодѣйствій войска и націи, проникнутыхъ общимъ духомъ».

[4]) Die grundsätze des militärstrafv. 1887, S. III.

[5]) Marion – цит. соч., стр. 178 и Дюгюи—цит. соч.

Объ этомъ очень вѣрно говоритъ Маркъ, противорѣча конечно самому себѣ, какъ это видно ниже (ибо онъ стоитъ на совершенно ложной точкѣ, отстаивая институтъ герихтсхерровъ), что въ войскѣ, которое набирается не только для войны, но существуетъ и во время мира, неизбѣжно должны укрѣпиться общія положенія публичнаго права [1]). Въ этомъ отношеніи современный процессъ помѣнялся ролями съ процессомъ прошлаго войска. Конечно, когда война тянется 30 лѣтъ, сопровождаясь безчисленными ужасами полной гражданской разрухи, когда войска регулярно располагаются на зимнія квартиры передъ лицомъ вражескаго стана, такъ же регулярно изъ года въ годъ, какъ наши уходятъ съ весной въ палатки, а съ осенью въ теплыя помѣщенія, когда люди, начавъ войну юношами, оканчивали ее стариками, тогда возможна была мысль объ особности воинскаго процесса, приноровленнаго къ состоянію хронической войны. Къ удивленію мы находимъ, что какъ разъ въ эти эпохи, у наиболѣе знаменитыхъ полководцевъ, примѣнялись всѣ формы обвинительнаго процесса, даже болѣе совершенныя, чѣмъ тѣ, что господствовали въ современномъ имъ общегражданскомъ. Стоитъ вспомнить судъ Густава Адольфа и шведскихъ войскъ, бывшій образцомъ для всей Европы и уже не встрѣчается никакихъ сомнѣній, относительно положенія суда въ современномъ войскѣ Европы. Теперь, длительность промежутковъ мира между государствами возросла до того, что Спенсеръ опредѣлилъ ее, какъ признакъ нашего типа цивилизаціи, который онъ называетъ индустріальнымъ [2]). Цѣлыя поколѣнія успѣваютъ вырости и состариться въ отсутствіи войны, достаточно вспомнить современную Англію, Францію, Германію, Россію, Италію и др. Милліоны людей, при короткомъ срокѣ службы, а они также фатально будутъ сокращаться, проходятъ черезъ ряды войска въ глубоко мирной обстановкѣ. Понятно поэтому, что формы суда должны быть приспособлены именно къ состоянію мира, а такъ какъ особность военнаго быта опредѣляется особенностями войны, то и основанія существеннаго отличія военнаго права отъ гражданскаго процесса отпадаютъ [3]). Боте писалъ: «Военный процессъ не имѣетъ другихъ цѣлей, чѣмъ общія и потому въ него надо ввести устность, публичность, а также и состязательность; нельзя допустить, чтобы обвиняемый, вслѣдствіе того, что онъ носитъ военное платье, былъ бы присужденъ и потерялъ честь и права въ то время, какъ въ гражданскомъ процессѣ онъ былъ бы оправданъ [4]). Это послѣднее обстоятельство было понято уже очень рано. Иностранная критика также очень опредѣленно отзывается на необходимость полнаго согласованія процессовъ [5]). Необходимость такого согласованія была засвидѣтельствована оффиціальнымъ порядкомъ у насъ, въ замѣчаніяхъ Кіевскаго окружного суда на проектъ измѣненій воен. суд. уст. 1882 г. Тамъ говорилось: «Воинскія преступленія имѣютъ первостепенное значеніе и, конечно, по отношенію къ этимъ преступленіямъ и желательно наиболѣе правильное отправленіе правосудія и, стало быть, должны быть обставлены еще большими гарантіями, обезпечивающими произне-

---

[1]) «Характеръ его существа будетъ другой, ибо оно является сочленомъ государственнаго тѣла» и живетъ бокъ-о-бокъ продолжительное время, съ другими гражданами. Сущность войска получаетъ правильную закономѣрность и приближается къ учрежденіямъ гражданскаго права. Ч. II-я, стр. 37 и 38, цит. соч. Марка.

[2]) Объ этомъ—Научн. Основ. нравствен. и Соціологія.

[3]) Объ этомъ Штейнъ писалъ: «устройство военнаго быта, его порядки и учрежденія сами по себѣ не имѣютъ никакихъ достоинствъ. Достоинствъ ихъ слѣдуетъ искать въ ихъ способности служить веденію войны. Настоящая война—вѣчно живая критика каждаго отдѣльнаго установленія въ военномъ бытѣ. Цит. соч., стр. 51 и 53.

[4]) Стр. 70.

[5]) Zenk въ цит. соч. говоритъ, что современный Германскій процессъ не годенъ, п. ч. онъ не имѣетъ ни историческихъ основаній, ни согласованности съ духомъ новаго времени, выразившемся въ уголовномъ процессѣ, стр. 175.

сеніе справедливыхъ приговоровъ [1]). Таковы же точно были мотивы при созданіи современнаго военно уголовнаго кодекса Германіи [2]) [3]). Изъ всего изложеннаго я заключаю, что основнымъ положеніемъ, изъ котораго принудительно вытекаютъ всѣ остальныя для военнаго процесса, является общность его главныхъ принциповъ съ гражданскимъ. А слѣдовательно, соотвѣтствуя положеніямъ общеуголовной процессуальной доктрины нашего времени, онъ долженъ быть обвинительнымъ во всѣхъ частяхъ своего существа. Я полагаю возможнымъ ниже доказать, что идеаломъ въ уголовномъ судѣ является, такимъ образомъ, огражденіе личности отъ возможнаго произвола и гарантія прогресса въ ея развитіи, что является существенною цѣлью и общаго процесса. Отсюда необходимость ярко выраженнаго и точно проводимаго принципа законности, которая наиболѣе полно выражается существованіемъ независимаго, правильно функціонирующаго судопроизводства. Повелѣніе съ внѣшней стороны и законъ съ внутренней должны охватывать всю жизненную систему войска, руководить имъ, направлять, указывать его цѣли, порядки и стремленія. И нашему времени стало понятно, что казалось неосуществимымъ среднимъ и новымъ вѣкамъ, что судъ способствуетъ дисциплинѣ арміи, проводя въ ней начала справедливости, какъ системы нравственнаго укрѣпленія личности, посредствомъ введенія правовыхъ гарантій. Старое человѣчество полагало, что войско должно жить особой жизнью и управляться особыми способами, нежели государство, и оно выдвигало насиліе, какъ принципъ, страхъ, какъ теорію, жестокость, какъ орудіе, петлю, какъ систему. Дѣйствительность не оправдала надеждъ. Отсутствіе правильно поставленнаго суда влекло къ потерѣ дисциплины, произволъ организованный рождалъ своеволіе органическое. И нуженъ былъ опытъ вѣковъ, усилія разума, прогрессъ цивилизаціи и гражданственности, чтобы наше время смогло провозгласить новое credo для проведенія его въ жизнь войска. Въ старыя времена солдатъ, доведенный до отчаянія, не вѣря въ возможность найти право у гнетущей силы, могъ повторить восклицаніе съ древнимъ поэтомъ «Beatus qui retribuet tibi retributionem tuam quam retribuisti nobis», теперь все измѣнилось, и въ арміи господствуетъ любовь къ отечеству—какъ идея, вѣра въ Верховнаго Вождя—какъ ея выраженіе, достоинство личности—какъ принципъ, равенство для всѣхъ суда—какъ система.

---

[1]) Замѣч. на записку главнаго военнаго прокурора № 11, стр. 14 и 15. Объ этомъ же объяснительная записка къ воен. суд. уставу Сборникъ законод. работъ, стр. 52 и слѣд. 1867 г. Аналогичная мысль въ запискѣ главн. воен. прокурора № 14, стр. 5, и замѣчаніе на записку № 10 главн. воен. прокурора, командующаго войсками Казанскаго военнаго округа, также замѣчаніе на записку № 13 тайн. сов. Проворова и команд. 15-го арм. корп.

[2]) «Есть болѣе глубокое основаніе, указывающее внутреннюю необходимость созданія общаго военно-уголовнаго кодекса. Это основаніе заключается въ томъ, что между общеуголовнымъ правомъ и военно-уголовнымъ правомъ является различіе въ обще-правовыхъ основныхъ нормахъ, которыя, если военно-уголовное право не хочетъ отстать отъ требованій науки и требованій, могущихъ быть предъявленными къ хорошему выполненію правосудія и не хочетъ подвергнуться опасности изоляціи, заставляютъ требовать съ внутренней неизбѣжностью уравненій (motivenbericht, zur militär. strafgesetzbuch).

[3]) Во французской доктринѣ совершенно такія же мысли высказываетъ Foucher въ своихъ комментаріяхъ къ ст. 108 на стр. 305—306. А также интересны пренія въ Законодат. Корпусѣ относительно ст. 115 (тамъ же, стр. 331—332).

Глава V.

Теперь я перехожу къ историческому очерку процессуальнаго права. Въ Афинахъ преступленія, затрагивавшія частные интересы, не влекли обязательнаго (публ.) обвиненія, будучи относимы къ области частнаго права. Къ публичнымъ преступленіямъ въ Афинахъ относились: убійство, поджогъ, воровство въ гимназіяхъ или баняхъ, оскорбленія религіи или посягательства на народныя права и т. д. Эти преступленія требовали непремѣнно выступленія публичнаго обвинителя. Въ дѣлахъ же частнаго права выступалъ потерпѣвшій съ правами публичнаго обвинителя. Обычное право выработало обязательное выступленіе публичнаго обвинителя въ своего рода этическій постулатъ настолько, что обязанность преслѣдованія передавалась по наслѣдству, какъ «вендетта» у корсиканцевъ. Эли разсказываетъ, что въ случаѣ отказа выступленія обвинителя, это, такъ сказать, выморочное право обвиненія могло быть присвоено любымъ гражданиномъ [1]). Если такого гражданина не находилось, тогда выступалъ народъ, какъ верховный носитель права, и по докладу архонта поручалось одному изъ государственныхъ ораторовъ принять на себя обязанности обвиненія [2]) [3]) [4]). Особенности вырабатывающагося здѣсь начала публичнаго обвиненія проявляются въ глубокой соціальной связи государственнаго порядка и личной въ немъ заинтересованности, который на этой ступени исторической жизни выражается въ особомъ типѣ государственной цивилизаціи. Манженъ приводитъ слѣдующія интересныя слова Перикла: «мы сторонимся человѣка, который чуждъ политики потому, что считаемъ его безполезнымъ». Эта толпа людей крикливыхъ, остроумныхъ разсказчиковъ, политическихъ биржевиковъ, дѣлающихъ политику, какъ творили торговлю, безсознательнымъ инстинктомъ купца, разсматриваетъ процессъ какъ видъ коммерческаго дѣла, виновность—какъ поводъ къ выгодной сдѣлкѣ. По крайней мѣрѣ въ этотъ періодъ цивилизаціи судъ въ Афинахъ былъ источникомъ обогащенія государственнаго казначейства, а потому судъ геліи давалъ возможность каждый процессъ превратить, вульгарно говоря, въ сказку про бѣлаго бычка. Процессъ, законченный оправданіемъ, зачастую снова приводилъ обвиняемаго на скамью подсудимыхъ, и до насъ дошло хвастовство Аристофана, который до 75 разъ обвинялся по одному и тому же дѣлу, всякій разъ оправдываясь судьями [5]). Начало возбужденія уголовнаго процесса состояло въ подачѣ частнаго обвинительнаго письменнаго документа, соотвѣтствующаго нашему обвинительному акту. Беко приводитъ образчикъ обвинительнаго акта противъ Сократа: 1) «Мелитъ, сынъ Мелита изъ пригорода Пифоса, подъ клятвой обвиняетъ Сократа изъ пригорода Алопеза. 2) Сократъ виновенъ въ томъ, что не признаетъ боговъ республики, желая замѣнить ихъ безумной игрой своего воображенія. Онъ виновенъ въ развращеніи молодыхъ людей. 3) Наказаніе—смертная казнь». Архонтъ принималъ обвинительный актъ и предпринималъ нѣчто вродѣ нашего предварительнаго слѣдствія, для точнаго выясненія обстоятельствъ дѣла. Затѣмъ обвинительный актъ сообщался обвиняемому, который излагалъ свои возраженія Архонту, послѣ чего обвинительный актъ вывѣшивался на дверяхъ суда Геліи. Чтобы обезпечить хотя немного личность отъ клеветническаго

---

[1]) Helie—Thèorie du code d'instr. Crim. t. I, p. 14.

[2]) Объ этомъ Helie, t. I, p. 13—21.

[3]) Беко—стр. 12 и 13. Организація уголовной юстиціи въ главнѣйшія историческія эпохи. 1867 г. Петерб.

[4]) Mangin, t. I, p. 4. Монтескье, гл. VIII, p. 86. Петербургъ.

[5]) Беко, стр. 14.

возбужденія дѣлъ, здѣсь предпринималась система залоговъ, вносимыхъ Архонту обвинителемъ, которые конфисковались въ казну, если обвинитель отказывался отъ обвиненія. Кромѣ того, отъ него отбиралась торжественная клятва. Если при произнесеніи приговора менѣе 1/5 судей выскажется въ пользу обвинителя, этотъ послѣдній терялъ все свое имущество и, кромѣ того, подвергался личному наказанію [1]). При строго проведенномъ началѣ состязательности на судѣ и обвинитель, и обвиняемый сами собирали доказательства съ момента возбужденія дѣла, при чемъ имѣли право просить содѣйствія Архонта въ предоставленіи имъ необходимыхъ полномочій. Обезпеченіемъ явки на судъ свидѣтелей служили штрафы, налагаемые въ случаѣ незаконной неявки, доходившіе до громадной сравнительно суммы въ 1,000 драхмъ. По закону Платона, всякій гражданинъ, отказывающій суду въ содѣйствіи, подлежитъ наказанію. Процессъ разбивался на три періода: 1) обвинительный, 2) защитительный, 3) вотумъ. Процессъ строго устный, но до своихъ показаній на судѣ, свидѣтель, по обычаю, передаетъ секретарю (актуаріусу) письменную схему своихъ доказательствъ. Но во время судебнаго слѣдствія свидѣтели давали свои показанія громкимъ голосомъ, всходя на трибуну [2]). Предсѣдатель суда строго безпристрастенъ и является безпристрастнымъ свидѣтелемъ процесса, почти не вмѣшиваясь въ ходъ преній. Допросъ обвиняемаго ведется обвинителемъ. Послѣдній предлагаетъ наказаніе и обвиняемый его оспариваетъ, судьи рѣшаютъ. Яркимъ выраженіемъ обвинительнаго начала процесса афинянъ была присяга судей, въ которую со временъ Солона входила клятва не произносить приговора, пока обѣ стороны не будутъ выслушаны [3]). Однако, на практикѣ судъ часто былъ чрезвычайно пристрастенъ и доводы обвиняемаго не выслушивались съ должнымъ вниманіемъ [4]). Тѣмъ не менѣе, наблюдается совершенная свобода защиты, которая подкрѣпляется общимъ равенствомъ всѣхъ гражданъ и демократичностью принциповъ государственной власти. По разсказу, напримѣръ, Демосфена [5]), каждый тяжущійся могъ выбирать способы и систему защиты соотвѣтственно его интересамъ. Процессъ зналъ 4 разныхъ вида доказательствъ: 1) законы, 2) свидѣтели которые дѣлились на рабовъ и свободныхъ гражданъ, 3) документы, и наконецъ, 4) присягу [6]). Основами суда первоначальной эпохи Рима является полная свобода судьи въ оцѣнкѣ доказательствъ и рѣшающее значеніе сознанія подсудимаго. Высокимъ положеніемъ личности обусловливалась возможность перерывовъ процесса вслѣдствіе непредвидѣнныхъ случайностей, вліяющихъ на душевную мощь обвиняемаго и дѣлающихъ его неспособнымъ къ правовой борьбѣ на судѣ. Этими случаями признавались: болѣзнь обвиняемаго, семейное несчастье и проч., т. е. въ значительной степени тѣ же основанія, какія приняты современнымъ процессомъ въ отношеніи къ законной оцѣнкѣ явки свидѣтелей [7]). Во всякомъ случаѣ судъ на этой стадіи развитія въ Греціи является еще не точно отграниченнымъ въ своей дѣятельности отъ системы прочихъ государственныхъ учрежденій, что сказывается на всемъ веденіи процесса. Въ Спартѣ, напримѣръ, эфоры выступали въ роли публичныхъ обвинителей лишь по дѣламъ, угрожающимъ политической свободѣ.

Въ Римѣ мы наблюдаемъ одновременно съ Греціей развитіе по тѣмъ же началамъ системы строго обвинительнаго процесса. Сначала судебная власть принадлежитъ царямъ и первосвященникамъ, которыми осуществляется безъ всякихъ формальностей,

---

[1]) Объ этомъ же Муравьевъ, стр. 40 и слѣдующая.

[2]) Варгъ, стр. 53.

[3]) Объ этомъ Варгъ—Защита въ уголовномъ судѣ. 1882 г. переводъ Варшавскаго, стр. 22.

[4]) Объ этомъ Zenk—цит. соч., стр. 46.

[5]) Его рѣчь «За вѣнецъ».

[6]) Объ этомъ Аристот., ритор. к. I.

[7]) Варгъ, стр. 153.

потомъ судебная власть переходитъ къ консуламъ и преторамъ, затѣмъ по дѣламъ, касающимся римскихъ гражданъ къ трибутнымъ коммиціямъ [1]), а эти превратились въ постоянныя учрежденія quaestiones perpetuae [2]) [3]) [4]).

Варгъ дѣлитъ римскій процессъ на три эпохи. Такъ какъ верховные и суверенные судьи были по началу одни и тѣ же, то и право обвиненія передъ судомъ принадлежало каждому римскому гражданину quivis qiulibet unus ex populo. Обвинителями должны были выступать лишь лица, имѣющія извѣстный цензъ. Въ качествѣ публичныхъ обвинителей выступали народные коммиціи, сенатъ-квесторы, эдилы, трибуны и другіе магистраты, право которыхъ опиралось на предоставленіи имъ возможности созыва народнаго собранія. Обвинитель прежде всякаго судебнаго дѣйствія долженъ былъ заявить о своемъ желаніи президенту подлежащей коммиціи (такъ наз. postularae) Президентъ, удостовѣрившись въ правоспособности обвинителя, предоставлялъ ему это право, и тогда онъ приступалъ къ установленію личности и предмета обвиненія, что называлось nominis delatio, professio criminis и указывалъ точно на личность и на преступное дѣяніе, въ которомъ ей приписывается авторство. Обвиняемый могъ также явиться къ президіуму и сообщить ему всѣ тѣ данныя, какими онъ желаетъ уяснить положеніе дѣла въ свою пользу до суда. Для этой цѣли онъ извѣщался о возникшемъ обвиненіи, но явка для предварительныхъ объясненій, или отвѣты на вопросы президента были не обязательны. Послѣ этой предварительной процедуры, устанавливался уже формальный обвинительный актъ, въ видѣ протокола, содержащаго точное изложеніе обвиненія со стороны обвинителя, скрѣпленное его подписью [5]) [6]) [7]). Для собранія доказательствъ въ первой стадіи процесса, обвинитель получалъ особыя полномочія отъ президента суда, въ видѣ особаго открытаго листа (litterae), обязывающаго всѣхъ гражданъ подчиниться его требованіямъ по сбору доказательствъ, которыя онъ могъ подкрѣпить даже силой. Предсѣдателемъ Quaestio являлся преторъ, или особо назначенный судья, называемый judex quaestionis и довольно значительное число судей. избираемыхъ коммиціями отъ 32—75 человѣкъ [8]). Составъ суда мѣнялся ежегодно, и послѣ отвода, принадлежащаго сторонамъ пользующихся имъ очень широко, опредѣлялся для каждаго дѣла жребіемъ. Въ эпоху республики, право оффиціальнаго обвиненія отсутствовало, и Цицеронъ, въ своей знаменитой рѣчи противъ Верреса. обвинялъ его, между прочимъ, въ произвольномъ начатіи уголовнаго дѣла безъ наличности частнаго обвиненія. Въ это время предсѣдателями въ коммиціяхъ являлись всегда преторы. Число обвинителей было неограничено, и по всякому важному дѣлу ихъ обыкновенно являлось очень много. Тогда преторъ могъ выбирать по своему произволу одного для поддержанія главнаго обвиненія и нѣсколькихъ помощниковъ, для развитія деталей (обычно не болѣе 3-хъ). Передъ началомъ суда обыкновенно прочитывался обвинительный актъ по формѣ, которая была опредѣлена обычаемъ. Тамъ указывалось мѣсто составленія, имя претора, которому онъ подавался, имя обвинителя, имя

---

[1]) Quod se legem illam proeclaram neglecturum negaret, quae de capite civis romani, nisi comitiis centuriatis, statui vétaret.

[2]) Helie—Traite d'instr. crim. 1866 t. I, p. 24—35, 38 и слѣд.

Duboys—Histoiré du droit crim., p. 114—115. О Римѣ литература Geib. Geschihte des römischen criminalprocess 1842 г. Helie, t. I, ch. III и IV. Загуровскій—«Принципы римскаго гражданскаго и уголовнаго процесса. 1874 г.

[3]) Geib—цит. соч. S. 31.

[4]) Plura judicia fieri caeperunt; nam et quaestiones perpetuae hoc adolescente constituae sunt, quae antea nullae fuerant» говоритъ Цицеронъ.

[5]) Глязеръ, стр. 51.

[6]) Муравьевъ, стр. 42. Прокурорскій надзоръ въ его устройствѣ и дѣятельности. 1889 г.

[7]) Варгъ, стр. 59.

[8]) Geib—Geschichte, S. 179 и слѣд.

[9]) Гиббонъ—Историч. развит., стр. 121 и 122.

обвиняемаго, преступное дѣяніе, время его совершенія, ссылка на норму, которая была нарушена.

Послѣ этого обвинитель начиналъ говорить первый, потомъ предоставлялось право защитѣ возражать. Этимъ исчерпывалось главное содержаніе преній, впослѣдствіи допускались лишь краткіе діалоги. Свидѣтели допрашивались обвинителемъ передъ судомъ, въ которомъ президентъ, такъ же, какъ въ Греціи, оставался внѣ личнаго участія въ ходѣ процесса, ограничиваясь ролью наблюдателя общественнаго порядка. Признаніе подсудимаго и здѣсь считалось совершеннымъ доказательствомъ и часто опредѣляло исходъ процесса. Судъ, какъ и въ Греціи, часто являлся орудіемъ политики и средствомъ въ борьбѣ партій, что видно изъ страстнаго соперничества, которое велось между сословіями для обезпеченія за собой права участія въ коммиціи въ качествѣ присяжныхъ судей. Такъ по закону 648 года (до Р. Х.) судьями могли быть одни сенаторы, по закону 654 года, получали право участія и всадники, по закону 672 года, сенаторы получили право присутствовать въ большемъ числѣ, чѣмъ всадники и, наконецъ, по закону Аврелія, составъ судей пополнялся сенаторами, всадниками и трибунами казнохранилища. Эли разсматриваетъ это обстоятельство, какъ чрезвычайно губительно отражавшееся на интересахъ справедливости, говоря: «Право производства суда предоставлялось классу, имъ владѣющему не только, какъ привилегія, но что-то въ родѣ собственности. Совершенно естественно, что классъ этотъ преисполнился хищеніемъ и пользовался судебною властью для увеличенія своихъ богатствъ и своего могущества. Кромѣ того между судьями одного сословія составлялась стачка, которая вела къ взаимной поддержкѣ другъ друга и къ эксплоатаціи справедливости сообща для общей пользы» [1]). Дѣйствительно, продажность суда превосходила всякую вѣроятность. Цицеронъ разсказываетъ, что въ его время она пережила уже періодъ ненависти и стала достояніемъ шутки. Наприм., въ процессѣ Клодія одинъ изъ судей потребовалъ, чтобы судъ былъ окруженъ стражей большей, чѣмъ обычно; изъ толпы немедленно раздались голоса: «не боитесь ли вы, что у васъ отнимутъ взятку?» Въ огражденіе личности въ Римѣ существовало предположеніе невиновности обвиняемаго и предоставленіе ему одному права вызова свидѣтелей противъ ихъ воли. До самой императорской эпохи, порядокъ процесса помимо этихъ основныхъ положеній не былъ точно опредѣленъ для всѣхъ дѣлъ и очень разнообразенъ въ различныхъ коммиціяхъ, каждая изъ которыхъ имѣла опредѣленную подсудность и опредѣленныя права кары и процессуальный порядокъ. Равенство сторонъ, до самой императорской эпохи, выражалось въ предоставленіи права тяжущимся говорить передъ судомъ опредѣленный промежутокъ времени, измѣряемый обычно песочными часами, отъ 2-хъ до 5-ти часовъ для важныхъ дѣлъ, причемъ favor defensionis выражалось въ предоставленіи обвиняемому говорить $^1/_3$ времени больше, чѣмъ обвинителю. Это преимущество оказывалось въ значительной мѣрѣ опаснымъ для обвиняемаго, ибо часто обвинитель пользовался своимъ правомъ ставить одно лишь обвиненіе, и такимъ способомъ лишалъ возможности противника должнымъ образомъ его опровергнуть. Несмотря на все это, суды претора пользовались громкой популярностью, которую сообщало имъ присутствіе народа неизмѣнно сопровождавшее ихъ дѣятельность, какая производилась всегда на форумѣ. Цѣлые города и даже провинціи взывали къ этимъ судамъ о справедливости и въ немъ разсматривались важнѣйшіе процессы государства. Дѣятельность квестій распадается на двѣ части, приговоръ присяжныхъ произносился по внутреннему убѣжденію и примѣнялся, какъ преторскій [2]). Въ императорскую эпоху разрѣшеніе вопросовъ факта получило главное значеніе, возникъ обусловленный деспотизмомъ цезарей институтъ доносчиковъ

---

[1]) Traité, p. 70 и 71.

[2]) Беко, стр. 95.

delatores. Появленіе ихъ еще разъ свидѣтельствуетъ о неразрывной близости политическихъ учрежденій страны съ институтомъ процессуальной дѣятельности суда и его агентовъ. Монтескьё очень вѣрно характеризовалъ это словами: «Это (право обвиненія предоставляемое гражданамъ) было въ духѣ республики, гдѣ отъ каждаго гражданина требовалось безграничное рвеніе къ общему благу и гдѣ предполагалось, что каждый гражданинъ держитъ въ рукахъ всѣ права своего отечества» [1]) [2]). Я говорилъ уже ранѣе, что результатомъ общей ненависти и разложенія общества явилась необходимость созданія института публичныхъ обвинителей, ибо презрѣніе къ ремеслу доносчиковъ дѣлало невозможнымъ появленіе передъ судами въ роли обвинителей благородныхъ гражданъ. Поэтому въ разное время въ Имперіи пришлось создать особые органы публичнаго обвиненія—personae publicae. Одновременно съ этимъ компетенція и юрисдикція квестій все больше *съуживалась*, передавая часть маловажныхъ преступленій органамъ административно-судебнымъ, какими являлись praefectus vigilum, бывшія одновременно начальниками Римской полиціи. Одновременно съ тѣмъ появляются агенты розыска и слѣдствія agentes in rebus, curiosi, nunciatores, имѣющіе возможность возбуждать преслѣдованіе. При Адріанѣ штатъ этихъ агентовъ публичнаго обвиненія пополнился особыми иренархами «irenarchae», которые уже выполняли функціи не судебныя, а чисто административнаго контроля, охранявшаго порядокъ и возбуждавшаго уголовное преслѣдованіе. И наконецъ къ IV вѣкѣ, попутно съ всеобщимъ разложеніемъ нравовъ и гибелью суда присяжныхъ, главнымъ образомъ отрѣзавшей послѣднюю возможность существованія независимаго суда, учреждается институтъ надсмотрщиковъ и надъ судьями съ громкой кличкой — defensores civitatum. Они избирались представителями мѣстной аристократіи для наблюденія надъ дѣятельностью судовъ и чиновниковъ [3]). Чрезвычайно интересно видѣть, какъ смѣна различныхъ взглядовъ Римской власти, на положеніе личности въ государствѣ, находила себѣ неизмѣнное отраженіе въ процессѣ. Тутъ вполнѣ понятной дѣлается фраза Глязера, кажущаяся преувеличенной, что процессъ есть не болѣе, какъ часть государственнаго права, не представляющая ничего самостоятельнаго [4]). Въ самомъ дѣлѣ въ отношеніи правъ обвинителя три смѣны характеризовали развитіе Римскаго процесса. Обезпеченіе личности въ первомъ періодѣ достигалось, помимо наказанія за клевету, еще правомъ обвиняемаго назначать особаго досмотрщика, могущаго состоять при обвинителѣ для соблюденія интересовъ своего кліента [5]). Въ то же время, въ этотъ первый періодъ для обвинителя оказывалось возможнымъ заключить въ тюрьму обвиняемаго, при чемъ единственнымъ спасеніемъ отъ возможныхъ злоупотребленій и произвола со стороны сильныхъ міра, было intercessio трибуновъ. Періодъ постоянныхъ квестій уже совпалъ съ разцвѣтомъ государства и, конечно, параллельно ему идущимъ ростомъ правъ личности, и, въ результатѣ, обвинитель къ этому періоду теряетъ всякую возможность заключить подъ стражу противника, ибо значеніе личности римскаго гражданина уже такъ велико, что считается немыслимымъ до суда лишать его существеннѣйшаго блага свободы. Отличительной особенностью римскаго суда республиканской эпохи является отсутствіе процессуальныхъ законовъ, которые не были опубликованы одновременно съ законами XII-ти таблицъ, и, такимъ образомъ, оставили въ рукахъ патриціевъ монопольное знаніе судопроизводства, перешедшее изъ ихъ рукъ лишь къ концу республики въ руки юристовъ, будучи опубликовано во всеобщее свѣдѣніе. Институтъ преторовъ, введенный въ 366-мъ году до Р. Х., былъ призванъ первоначально для отправленія судебныхъ обязанностей кон-

---

[1]) Монтескье, цит. соч., стр. 86.

[2]) Helie—Traitè, p. 94 и слѣд.

[3]) Муравьевъ, стр. 45 и 46.

[4]) Глязеръ, стр. 12.

[5]) Варгъ, стр. 59.

сулами, въ качествѣ привилегированнаго патриціата. Какъ всѣ, надѣленные общественными обязанностями, преторы получали imperium магистрата, а стало быть и дискреціонную власть. Это обстоятельство является отправнымъ пунктомъ новаго развитія процесса. Тяжущіеся обязаны были обращать всѣ свои претензіи къ нему, и преторъ, выслушавъ дѣло, указывалъ имъ частныхъ гражданъ (judices), которыхъ онъ назначалъ судьями по данному дѣлу и одновременно съ этимъ пересылалъ ему наказъ способа веденія дѣла и законъ, который долженъ быть въ данномъ случаѣ примѣненъ. Эти judices составляли особое жюри, дѣйствующее въ отношеніи претора, какъ современные англійскіе присяжные въ отношеніи короннаго судьи. Только засѣданія судовъ были разновременны, хотя преторъ пользовался большимъ вліяніемъ на толкованіе закона, а судьи могли судить лишь о фактической сторонѣ дѣла. Замѣчательнымъ явленіемъ этого рода процессовъ явилась правотворческая дѣятельность претора, не связаннаго формально законодательной дѣятельностью, которой въ Римѣ почти не существовало. Преторъ основывалъ свои инструкціи присяжнымъ, на началахъ справедливости (aequitas), что давало ему громадное преимущество передъ отживающимъ закономъ, примѣняемомъ жрецами. Издаваемые преторомъ эдикты, въ которыхъ онъ при вступленіи въ должность сообщалъ о правилахъ, которыми намѣренъ руководиться, были съ формальной стороны прежде всего процессуальными правилами, которыя съ внутренней стороны часто совершенно измѣняли старый законъ. Попутно съ этимъ мощно развивалось jus civile, шло образованіе jus jentium, которое отъ преторовъ иностранцевъ проникло въ процессуальныя формулы городскихъ преторовъ, слившись въ практикѣ съ гражданскимъ правомъ Рима. Формулы претора допускались къ примѣненію въ судахъ лишь въ случаѣ невозможности примѣнить jus strictum. Ихъ нельзя было примѣнять въ процессѣ суда центумвировъ и въ случаѣ рѣшенія дѣлъ самимъ магистратомъ. Въ 150-мъ году до Р. Х. появился знаменитый законъ Aebutia, который обезпечивалъ возможность примѣненія формальнаго производства претора, по всѣмъ процессамъ римскихъ гражданъ. Эдикты преторовъ были кодифицированы около 129 г. по Р. Х. Сальвіемъ Юліаномъ, по порученію императора Адріана [1]). Лишь въ отношеніи важнѣйшихъ политическихъ преступленій допускался предварительный арестъ, но и то лишь въ отношеніи плебеевъ. Процессъ тоже несетъ соотвѣтствующее вліяніе личности, вполнѣ опредѣляющей его сущность, въ этотъ и послѣдній періодъ. Послѣ рѣчей обвинителя и обвиняемаго во второмъ періодѣ процесса, начинается допросъ свидѣтелей, предварительно стороною вызвавшей, а затѣмъ противной. Непосредственность производства нарушалась очень существенно тѣмъ, что отсутствующіе свидѣтели могли излагать свои показанія письменно, за подписью 7 римскихъ гражданъ, удостовѣрявшихъ самоличность показывавшаго [2]). Это обстоятельство усугублялось еще тѣмъ, что явка свидѣтелей была необязательна. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, напримѣръ къ знатнымъ лицамъ, отправлялся на домъ преторъ и записывалъ тамъ показанія. Личность въ это время пользовалась еще значительнымъ вліяніемъ на ходъ государственной жизни и потому въ этомъ періодѣ имѣетъ существенныя права, особливо по формальной защитѣ [3]). Вотъ какъ рисуются эти права по Цицерону. Личное наказаніе не могло быть связано съ денежнымъ штрафомъ, никто не могъ быть обвиненъ безъ вызова къ опредѣленному сроку. Приговору о виновности субъекта предшествовало троекратное обвиненіе, отдѣленное отъ окончательнаго мнѣнія судей, срокомъ въ однѣ сутки. Положеніе защиты, на которую роль личности, занимаемая ею въ государствѣ, налагала

---

[1]) Объ этомъ Зомъ—Институціи римскаго права, 1881 г.

[2]) Geib—Geschichte des Römischen Criminalprocesses, 1842 г., стр. 156 и слѣд. 332 и слѣд., 340 и слѣд. Helie—Traité p. 43 и слѣд.

[3]) Варгъ, стр. 85.

рѣзкій отпечатокъ, также весьма благопріятно, и именно въ это время міръ увидѣлъ поразительное краснорѣчіе и ученость, проявленную римской адвокатурой, въ которой принимали участіе самые блестящіе умы страны. Однако, опредѣленіе защиты формально въ законѣ еще не существовало, хотя по обычаю положеніе ея чрезвычайно благопріятно. Quaestiae существуетъ еще долгое время при императорахъ, но уже по важнѣйшимъ политическимъ преступленіямъ съ самаго начала у нихъ была отнята подсудность и передана сенату, въ составѣ котораго цезари могли быть увѣрены больше, чѣмъ въ присяжныхъ квестій. Въ императорскую эпоху, съ паденіемъ личности и узурпаціей ея правъ, претора и присяжныхъ замѣняетъ единоличный судъ президентовъ, при которыхъ блѣдная тѣнь былого величія народныхъ правъ еще существовала, въ видѣ совершенно нелѣпаго придатка засѣдателей съ совѣщательными голосами. Императорская власть Рима, конечно, не сразу рѣшилась на такой крупный политическій актъ, какъ уничтоженіе суда присяжныхъ. Она, какъ и всѣ свои мѣропріятія, провела и это коренное измѣненіе процесса постепеннымъ съуженіемъ юрисдикціи судовъ присяжныхъ, передачею части подвѣдомственнаго имъ дѣла консуламъ и преторамъ, сначала дѣйствующихъ въ коллегіи, а затѣмъ замѣненныхъ единоличной президентурой. При Августѣ учреждена должность полицейскихъ префектовъ, которые поглощаютъ власть претора, и Антоній употребилъ ловкій политическій маневръ, который убиваетъ уваженіе народа къ древнему суду, бывшему послѣднимъ стражемъ его исчезающихъ политическихъ правъ. Онъ извратилъ институтъ присяжныхъ, наполнивъ его недостойнымъ элементомъ, приписавъ къ нему скомороховъ, гусляровъ, нищихъ и т. д., и такимъ образомъ уничтожилъ всякую возможность довѣрія народа къ судамъ этого типа. Тогда начинается расцвѣтъ чиновничьихъ судовъ, которые къ началу IV-го вѣка являются уже господствующимъ видомъ [1]). При этомъ по началу передавались нѣкоторыя дѣла суду единоличныхъ преторовъ. Въ подтвержденіе исключительности этого порядка нарушенія гражданскихъ правъ Римлянъ, издавались всякій разъ спеціальные рескрипты. Потомъ это, конечно, стало правиломъ. Въ данномъ случаѣ повторился общій порядокъ всѣхъ, возникающихъ вновь, учрежденій, сначала только какъ исключеніе, потомъ какъ правило. И сами квестіи вѣдь совершенно такимъ же образомъ вытѣсняютъ суды коммицій. Одновременно съ этимъ, уничтоженіе публичныхъ правъ личности влечетъ измѣненіе едва ли не главныхъ основныхъ признаковъ обвинительнаго процесса публичнаго производства. Судъ уже не окружается массой зорко за нимъ слѣдящихъ гражданъ. Форумъ, бывшій въ теченіе 4½ вѣковъ центральнымъ пунктомъ отправленія суда, куда стекались всѣ политическія вліянія соціальной борьбы, куда критикующая личность несла свой пламенный протестъ, а общественная мысль—потребность въ освѣщеніи справедливостью ея правовыхъ упованій, становится безлюднымъ. Форумъ республиканскаго Рима, представляющій изъ себя не что иное, какъ гигантскій залъ суда, гдѣ ораторы черезъ головы присяжныхъ обращались къ народу, дѣлая его великимъ свидѣтелемъ торжества правосудія и строгимъ порицателемъ нарушителей закона—этотъ форумъ пустѣетъ. Судъ удаляется въ закрытое помѣщеніе, куда доступъ получали лишь знатныя лица. Величайшее паденіе личности знаменуетъ и полное вырожденіе процесса: изъ борющейся стороны личность становится объектомъ изслѣдованія, и къ ней примѣняется даже пытка. «Lege majestatis nulla dignitas à tormentis excipitur» говоритъ законъ Юлія. По началу это было возможно только въ отношеніи къ рабамъ, ибо рабъ, считаясь естественнымъ врагомъ государства, допускалъ тѣмъ самымъ какъ бы исключительныя средства воздѣйствія на него, для возстановленія нарушеннаго имъ порядка. Теперь принципъ римскаго порядка tot servi tot hostes полу-

---

[1]) Geib—Geschichte S. 394 и слѣд., 409—411, 425 и слѣд. Helie—Traité, p. 83 и слѣд.

чилъ полное примѣненіе къ гражданамъ, разсматриваемымъ также врагами [1]). Одновременно съ измѣненіемъ присяжныхъ и упраздненіемъ общественнаго контроля, приходилось подумать, однако, о какихъ бы то ни было сдержкахъ судебнаго произвола, который грозилъ окончательно изгнать понятіе справедливости изъ выродившагося государства Рима. Единственнымъ средствомъ являлась теорія формальныхъ доказательствъ, которая съ роковой необходимостью влекла къ прочимъ признакамъ инквизиціоннаго процесса, съ фатальной необходимостью идущаго на смѣну обвинительному, умиравшему вмѣстѣ съ величіемъ народа. Обвинитель долженъ былъ принимать непосредственное участіе въ розыскахъ и вызовахъ, и допросахъ свидѣтелей. Преторъ ограничивался выдачей полномочій, на совершеніе всѣхъ законныхъ дѣйствій при выясненіи обстоятельствъ дѣла. Такъ какъ выработалась формальная теорія доказательствъ, въ которой признаніе подсудимаго имѣло рѣшающее значеніе, то результатомъ этого формализма вытекло правило: «Absentem in criminibus damnari non debere divus Trajanus rescripsit. Одновременно съ этимъ съ естественной необходимостью возрастаетъ вліяніе юристовъ, которые начинаютъ изслѣдованіе накопившагося законодательнаго матеріала jus gentium и преторскихъ формулъ и эдиктовъ. Легисты устанавливаютъ къ этой эпохѣ обще-философскія начала законовъ и опредѣляютъ направленіе, въ которомъ должно идти законодательство въ развитіи этихъ началъ въ дальнѣйшемъ. Правительство, уже конца республиканскаго періода, оцѣниваетъ возникшую здѣсь новую силу и для помѣщенія знаменитыхъ легистовъ пріобрѣтаетъ ближайшіе къ форуму дома на казенный счетъ. Они пытаются спасти человѣческую личность и удержать процессъ на скользкомъ пути, который долженъ былъ неизбѣжно привести его къ уничтоженію всякихъ гарантій обвиняемаго, а стадо быть привести къ абсурду самое понятіе суда. Извѣстна ставшая вѣчной формула Ульпіана: «satius esse impunitum relinqui facinus nocentis quàm innocentem damnare». Именно подъ вліяніемъ юристовъ Феодосій великій издалъ законъ, по которому взятый подъ стражу долженъ быть допрошенъ въ теченіе перваго мѣсяца своего заключенія и точно также заключенію подъ стражу должно предшествовать объявленіе объ этомъ, не позже какъ за 30 дней, въ теченіе которыхъ обвиняемый можетъ устраивать свои личныя дѣла. Но эти законы разумѣется не могли спасти положенія, ибо то, чѣмъ живетъ всякій процессуальный порядокъ, отношеніе личности къ государству и обществу неизмѣнно вело къ уничтоженію индивидуальныхъ правъ и, конечно, къ вырожденію обвинительнаго процесса [2]). Такъ окончилъ свое существованіе римскій процессъ, который въ теченіе 8-ми вѣковъ свидѣтельствовалъ неослабное стремленіе государства перевоплотиться. Этотъ путь знаменовался выдѣленіемъ правъ личности и синкретизмомъ критической мысли, пытавшейся создать изъ элементовъ механическаго государства старыхъ завоевателей новое зданіе, подкрѣпленное идеями гражданственности и выраженное началами универсальнаго права. Усилія правотворческой мысли, несмотря на всю геніальность римскихъ легистовъ, не увѣнчались успѣхомъ, ибо на дорогѣ стояло соціально-экономическое противорѣчіе культуры рабовладѣльческой и политической власти деспотичной. Наслѣдственно хранимая реликвія обычая, въ которой спала далекая мечта универсальной государственности, вступала въ органическую связь съ новыми вѣяніями исходящихъ отъ индивида желаній. Потребность оразумленія государственнаго властвованія путемъ притязанія на выработку безличнаго закона переломлялась черезъ призму естественныхъ правъ философской морали, собиралась въ фокусѣ новаго понятія правового государства. Здѣсь намѣчалось рѣшеніе

[1]) Zacharie—Handbuch des Deutschen Strafproc. 1868 г. Geib—цит. соч. 445 и слѣд. и 536 и слѣд., 617 и слѣд. Helie—Traité, p. 60 и слѣд.

[2]) Пухта—Исторія Римскаго права, 1864 г. и Гиббонъ — Историч. обозр., стр. 53 и 54. Geib, S. 572 и слѣд.

*

великой проблемы найти человѣческое единство въ примиреніи формальныхъ требованій обособленныхъ цивилизацій съ органической сущностью новыхъ элементовъ юридическаго общежитія во имя вѣры въ его универсальную разумность. Указанныя выше причины помѣшали завершенію этой исторической борьбы, юридической мысли за правовой идеалъ. Лишь новымъ цивилизаціямъ Франковъ суждено было принять старую идею, закутанную въ мантію безчисленныхъ пороковъ умиравшаго общества, чтобы освободить ее отъ гнусной оболочки, заставить раскрыть полноту своего содержанія разуму и духу новыхъ историческихъ поколѣній. Преемниками этой идеи, носителями и проводниками ея правового порядка явились Франки, юридическій бытъ которыхъ мы теперь и разсмотримъ. У нихъ народъ и войско, въ первоначальной стадіи общественнаго развитія, отождествлялись, право судебной власти вручалось избираемымъ герцогамъ, которые дѣйствовали одновременно и въ званіи жрецовъ. Изъ этого только медленная эволюція выработала право поддержанія порядка, въ интересахъ сохраненія внутренняго міра. Короли пользовались судебной властью непосредственно, но народъ созывался въ великіе совѣты и, какъ верховный носитель судебной власти, постановлялъ приговоръ до самаго Карла Великаго, причемъ даже и при немъ шеффены ставили свои приговоры, въ полномъ объемѣ опредѣляющіе виновность и назначали наказаніе [1]). У Франковъ первоначально при маломъ подчиненіи гражданъ интересамъ государства, при совершеніи преступнаго дѣянія, правосудіе часто не могло имѣть мѣста — когда виновникъ соглашался удовлетворить потерпѣвшаго платежомъ виры (vergelda) и только въ двухъ случаяхъ могло возникнуть основаніе процессуальной дѣятельности суда. Если обвиняемый въ совершеніи преступнаго дѣянія не считалъ себя таковымъ и заинтересованное лицо обращалось къ суду, съ цѣлью изысканія средствъ для обнаруженія истины, или признавшій себя виновнымъ потерпѣлъ неудачу въ желаніи искупленія своей вины платежемъ виргельда, требовалось вмѣшательство государства, для избѣжанія кровавой мести со стороны родственниковъ жертвы. Первоначальный бытъ Франковъ представляетъ величайшій демократизмъ, послѣдовательно проводимый на всѣхъ ступеняхъ существованія и стало быть и суда. Мархіи выбирали себѣ предводителей (графовъ), руководствуясь воинскою доблестью избранника. Графъ выбиралъ себѣ дружину, члены которой были одновременно съ тѣмъ и помощниками въ дѣлахъ правленія и суда, причемъ помимо этого марка избирала ежегодно 200 представителей, для присутствованія при разборѣ уголовныхъ дѣлъ [2]). Завоеваніе Галліи не измѣнило соціально-политическаго устройства Франковъ, и они раздѣлили побѣжденную страну на округа съ графами во главѣ управленія, а эти послѣдніе на участки, управляемые сотниками tonginus и decanus (десятниками) [3]). Графъ періодически созывалъ мальберги, въ которыхъ онъ выполнялъ роль предсѣдателя, не больше. Затѣмъ онъ подготовлялся къ слушанію дѣла, утверждалъ приговоры и наблюдалъ за ихъ исполненіемъ. Самое отправленіе правосудія принадлежало рахимбургамъ, бургамъ, которые должны были удовлетворять извѣстному цензу, для полученія возможности занимать эти посты. Именно нужно было имѣть собственное вооруженіе и быть достаточно состоятельнымъ, чтобы участвовать въ походахъ за свой счетъ. Значеніе личности, которая, по словамъ Гизо, занимала у Германцевъ въ этотъ періодъ господствующее положеніе, выше котораго Германецъ не зналъ ничего ни въ небѣ, ни на землѣ, ясно сказывалось въ значеніи

---

[1]) Объ этомъ Siegel—Deutsche Rechtsgeschichte, 1889 г., стр. 160—162, 170—178. Объ этомъ же Гиббонъ—Историческое обозрѣніе римскаго права, 1835 г., стр. 24 и слѣд. Петербургъ.

[2]) Огюстенъ Тьери—Исторія происхожденія и успѣховъ третьяго сословія 1899 г. стр. 44, 45 и слѣд. M. Guisot—Histoire de la civilisation en France depuis la chute de l'empire Romain, 1872 г., стр. 214, 215, 213 и слѣд. Paris. (Siegel, стр. 160—163, 170—177).

[3]) Siegel, стр. 175.

положенія суда и характерѣ процесса. Участіе въ судѣ въ качествѣ присяжнаго считается высокимъ почетомъ для гражданина. Оно является ручательствомъ его патріотизма и абсолютной свободы политической и экономической одновременно. Каждый составъ присяжныхъ не могъ быть менѣе чѣмъ изъ 7-ми судей. Засѣданіе открывалось графомъ,—представитель короля приказывалъ поднять щитъ и пригласить, посредствомъ опубликованія bannum'a, участвующихъ лицъ къ сохраненію тишины и порядка. Въ числѣ преступленій стояли многія, намъ теперь даже не вообразимыя. Напримѣръ: ѣда человѣческаго мяса для совершенія волшебныхъ чаръ, снятіе съ кола головы побѣжденнаго врага, выставленной побѣдителемъ передъ своимъ жилищемъ и т. д. До капитулярія Карла Великаго, послѣдовавшаго въ 789 г., возбужденіе преслѣдованія зависѣло исключительно отъ потерпѣвшаго и только послѣ этой даты, судьи обязаны были возбуждать преслѣдованіе во имя государственнаго интереса, отъ лица ихъ представителей (ex nostro mandata vindicentur). Судъ былъ строго непосредственнымъ, причемъ явка обвиняемаго и свидѣтелей обезпечивалась угрозою штрафа въ 15 солидовъ золота и потерей процесса. Тотъ же штрафъ налагался за отказъ въ дачѣ показаній. Какія бы то ни было формы процесса отсутствовали и въ противоположность процессамъ Рима и Греціи противники не обмѣнивались связными длинными рѣчами, судъ состоялъ изъ отрывочныхъ діалоговъ тяжущихся, прерываемыхъ вопросами судей и свидѣтелей. Флорусъ разсказываетъ въ своей исторіи, какъ безчеловѣчно германцы вымещали свою ненависть на юристахъ, бывшихъ въ легіонахъ Вара. Передъ убійствомъ имъ вырывали языки, «какъ жало ядовитымъ змѣямъ, чтобы онѣ не шипѣли». Въ случаѣ неясно выраженной невинности обвиняемаго, онъ обязывался устранить подозрѣніе, представивъ поручителей, клятвенно удостовѣрившихъ его невинность «si certa probatio non fuerit, se per juratores exsolbat». Число такихъ поручителей колебалось отъ 12—300 человѣкъ. За неимѣніемъ поручителей прибѣгали къ испытаніямъ горячей водой. Въ эпоху феодализма мы уже имѣемъ сборники процессуальныхъ законовъ, стремящихся точно закрѣпить разнообразную практику судопроизводствъ и подсудности. Первый изъ такихъ сборниковъ былъ составленъ въ 1250 г., для жителей завоеванныхъ земель въ малой Азіи, графомъ Яфскимъ. Въ 1270 г. слѣдующій кодексъ Людовика IX-го и, наконецъ, наиболѣе полный въ 1283 году, составленный по порученію короля легистомъ Бомануаромъ. Послѣдній является наиболѣе полнымъ сводомъ матеріальныхъ и процессуальныхъ порядковъ, дѣйствующихъ во Франціи въ эту эпоху. Однако и теперь основныя начала древне-германскаго процесса сохранились; по словамъ Бомануара [1]), существеннымъ его признакомъ является публичность засѣданія—«они должны происходить въ общественныхъ мѣстахъ, такъ какъ достоинство суда требуетъ открытаго производства въ общемъ присутствіи». Еще до сихъ поръ сохранились во Франціи слѣды мѣстъ такихъ судовъ, преимущественно на площадяхъ и рынкахъ. Это обстоятельство не избавляло, конечно, отъ величайшаго произвола и пристрастія въ такихъ судахъ, ибо сюзеренъ, обладающій правомъ суда, назначалъ для этого произвольно своихъ вассаловъ и, значитъ, коллегія была всегда подобрана въ желательномъ ему духѣ. Внѣшнимъ признакомъ права суда, имѣвшимся у каждаго почти самостоятельнаго феодала, были висѣлицы и позорные столбы, находящіеся передъ окнами его замка. Число столбовъ соотвѣтствовало рангу властителя: 3—баронъ, 5—графъ, 6—герцогъ и т. д. Суды дѣлились на высшіе и низшіе, причемъ первымъ были подсудны всѣ дѣянія, облагавшіяся смертной казнью. При такихъ обстоятельствахъ, осложняемыхъ полнымъ неуваженіемъ къ этому суду, пристрастность котораго была очевидной, цивилизація этого типа привела къ рѣшенію вопроса, введеніемъ въ процессѣ излюбленнаго средства рѣшенія всѣхъ сомнѣній въ жизни,—вооруженной борьбы.

---

[1]) Grand coustumier, liv. I, tit. II, 1842. Paris.

Бургундцы первые ввели у себя судебный поединокъ, и быстрота, съ которой прочія націи заимствовали этотъ способъ рѣшенія дѣлъ, указываетъ на чрезвычайное соотвѣтствіе его общему взгляду на жизнь и способы рѣшенія, возникающихъ въ ней конфликтовъ. Паскье разсказываетъ, что при Оттонѣ I возникъ споръ между юристами»: можетъ ли въ прямомъ наслѣдствѣ имѣть мѣсто представительство», и когда мнѣнія раздѣлились, вопросъ рѣшили наймомъ двухъ бойцовъ, причемъ счастье благопріятствуетъ тому, кто представляетъ мнѣніе утвердительное по этому вопросу [1]). Въ результатѣ появился императорскій указъ, чтобы внуки и внучки наслѣдовали своимъ дѣдамъ и бабкамъ наравнѣ съ дядями и тетками, какъ наслѣдовали бы ихъ родители, если бы они были живы. По словамъ Бомануара во всѣхъ случаяхъ возможно было рѣшать дѣло поединкомъ [2]). Этотъ видъ процесса господствовалъ надъ Франціей въ теченіе отъ X—XIII вѣка, и только теперь оказалось возможнымъ усилившемуся вліянію государственности предоставить въ процессѣ обиженному возможность замѣнить поединокъ свидѣтельскими показаніями. Но жизнь нашла лазейку и здѣсь, въ предоставленіи права обвиняемому требовать отъ свидѣтеля подтвержденія его показаній поединкомъ. Даже всѣ гражданскія тяжбы рѣшались поединкомъ, такъ напримѣръ, по Бомануару [3]), поединокъ назначался для опредѣленія срока платежа и т. д. При рѣшеніи судьи подавали голоса вслухъ, причемъ обвиняемый опять-таки могъ уничтожить приговоръ, вызвавъ перваго же судью, ему неблагопріятнаго, на поединокъ [4]). Съ XII вѣка вмѣстѣ съ закрѣпощеніемъ государству личности, все болѣе и болѣе теряющей свою самостоятельность даже въ привилегированныхъ представителяхъ рыцарства, изъ судовъ исчезаютъ остатки стараго франкскаго процесса,—публичность и непосредственность съ устностью. Королевская власть сохраняла на себѣ все вліяніе галло-римской традиціи, а слѣдовательно изначальное стремленіе римской государственности къ распространенію торжества, абсолютно равнаго для всѣхъ закона. Меровинги потерпѣли въ этомъ отношеніи неудачу, ибо могучая сила особности, присущая германцамъ, еще сохранила запасъ потенціальной энергіи, достаточный для того, чтобы объ сопротивленіе раздробленной власти разбились всѣ централизаціонныя усилія наслѣдниковъ римской идеи единства государства. Съ XII вѣка только мы наблюдаемъ начало отступленія элементовъ германской цивилизаціи передъ традиціями римской, выразившееся прежде всего въ усиленіи королевской юрисдикціи и измѣненіи формъ процесса [5]). Процессъ получилъ большее значеніе съ формальной стороны, и стремленіе королевской власти на все наложить свою руку сказывается прежде всего предоставленіемъ права апелляціи къ королю на всѣ рѣшенія судовъ вотчинныхъ. 15 февраля 1341 г. появляется ордонансъ Филиппа VI, который § 11 вводитъ окончательно въ процессъ письменность, замѣняющую устныя показанія свидѣтелей письменными, и предписываетъ производить суды первыхъ 2-хъ степеней на основаніи протоколовъ коронныхъ коммисаровъ и письменныхъ показаній свидѣтелей. Ордонансъ короля Іоанна 1355 г. шелъ въ направленіи ограниченія вотчинной юрисдикціи еще далѣе, и такъ какъ суды короля находились цѣликомъ подъ вліяніемъ легистовъ, а эти послѣдніе приносили изъ городовъ Италіи къ этому времени уже ясно обозначившуюся тенденцію инквизиціоннаго процесса, то не можетъ быть никакого сомнѣнія, что побѣда начала розыска надъ обвиненіемъ, связанная съ побѣдой короля надъ феодалами, была обезпечена всѣмъ ходомъ событій [6]). Дѣйствительно указъ 1498 года

---

[1]) Pasqier—Recherches, l. IV, ch. I, p. 350—351.
[2]) LXI, стр. 307.
[3]) LXIX, стр. 309.
[4]) LXIV, стр. 329—330 и Паскье, кн. IV, стр. 352.
[5]) Тіери, стр. 64—66.
[6]) Объ этомъ Тіери стр. 70 и слѣд.

отмѣнилъ публичность окончательно, ибо она служила послѣдней помѣхой въ уничтоженіи всякаго общественнаго контроля надъ королевской дѣятельностью, а съ другой стороны, навстрѣчу ей шло не менѣе страстное желаніе духовныхъ трибуналовъ скрывать процессы, въ которыхъ дѣятельность лицъ, занимавшихъ высокіе посты въ церкви, могла вызвать общественный скандалъ. Въ это время выдвигается дѣятельность парламентовъ, вызванная въ свою очередь вліяніями легистовъ, которые, явившись лучшими помощниками королевской власти въ ея борьбѣ за единство государства, создали одновременно съ тѣмъ понятіе верховнаго повелителя всѣхъ правительственныхъ силъ страны, въ образѣ безличнаго, надъ всѣми поставленнаго закона. Результатомъ этой традиціи явилось созданіе парижскаго парламента, какъ верховнаго суда, состоящаго изъ 7 отдѣленій: grande chambre, уголовная, 4 слѣдственныхъ и одна кассаціонная [1]). Уголовная, носившая названіе tournelle, была собственно судебною. Указъ 28-го октября 1446 г. такъ объяснялъ отсутствіе постоянныхъ судей въ ихъ составѣ»: чтобы привычка произносить приговоры не ожесточила судей, не измѣнила ихъ естественной кротости въ безчеловѣчную жестокость». Парламентъ состоялъ изъ 130 совѣтниковъ и, будучи окончательно регламентированъ указомъ Филиппа V отъ декабря 1320 г., очень скоро пріобрѣлъ громадное вліяніе на ходъ политической жизни страны. По словамъ Сенселля въ это время парламентъ уже начиналъ играть, какъ представитель суда, роль сдержки произвола королей, ибо «судъ во Франціи пользовался неоспоримо большимъ авторитетомъ, чѣмъ въ какой-либо другой странѣ міра» [2]). Исходя отъ королевской власти, суды къ этому времени уже дѣйствуютъ, какъ представители короля и, по словамъ Феррьера, черпаютъ право своей дѣятельности исключительно отъ единственнаго верховнаго главы государства—короля. Вліяніе парижскаго парламента на ходъ судопроизводства было дѣйствительно чрезвычайно велико. Онъ пользовался правомъ верховной кассаціонной и апелляціонной инстанціи и могъ пересматривать по существу всѣ дѣла, переходящія къ нему изъ низшихъ судовъ, и всѣ дѣла вотчинныхъ судовъ безъ исключенія, присуждающихъ къ тѣлеснымъ наказаніямъ въ широкомъ смыслѣ, т. е. смертной казни, каторгѣ и т. п. Въ это же время возникаетъ прокуратура, которая, по словамъ Бомануара, имѣетъ то же вліяніе на процессъ, какое могъ бы оказать самъ король, если бы при этомъ присутствовалъ. Въ теченіе XIV, XV и XVI вѣковъ прокуроры вмѣстѣ съ судьями могли возбуждать преслѣдованіе. Имбертъ полагаетъ, что они могли передъ парламентомъ настаивать на примѣненіи того именно наказанія, которое было назначено вотчиннымъ судомъ и подлежало утвержденію парламента. Въ 1499 г. появляется знаменитый мартовскій ордонансъ Людовика XII, который статьями 30, 31, 32, 40, 47, 48 устанавливаетъ независимость судей и выборный принципъ при опредѣленіи на судебныя должности. А обобщеніе права 20 кутюмовъ Турени, Санса, Монтрейль, Сюръ Мера и т. д., произведенныя въ промежутокъ 1505—1515 г., докончили юридическое объединеніе королевства и способствовали вмѣстѣ съ тѣмъ къ торжествованію системы инквизиціоннаго процесса, вполнѣ редактированнаго лишь ордонансомъ 1670 г. Теперь посмотримъ, въ чемъ же состоитъ сущность розыска вошедшаго въ плоть и кровь новаго французскаго судопроизводства передъ 1670 г. и вытѣснившаго, повидимому, окончательно обвинительную процедуру свободныхъ франковъ. На образованіе его формъ оказало крупное вліяніе каноническое право церкви. Оно развилось изъ такъ-называемаго зендгерихта (поѣздокъ епископа по епархіи для опроса и разбирательства жалобъ). Исходнымъ пунктомъ является этическая связь вѣрующихъ съ церковью, обезпечивающая за ней возможность вмѣшательства въ самый строй ихъ внутренняго душевнаго порядка и предоставляющаго ей право точнѣйшей регламен-

---

[1]) Тіери, стр. 124.
[2]) Тіери, стр. 120.

таціи всего поведенія вѣрующаго, для полученія вѣчнаго блаженства. Въ 1184 г. Папа Луцій III въ Веронѣ, въ согласіи съ Фридрихомъ Барбаруссой, установили эти принципы уже офиціально, хотя до того весь этотъ аппаратъ уже давно функціонировалъ съ своими слѣдователями, свидѣтелями, присяжными доносчиками испытаніями горячимъ желѣзомъ или холодной водой и т. д. [1]). Передъ епископомъ проходили показанія особыхъ поручителей за нравственность паствы, которые обязаны были отчетомъ епископу о всѣхъ совершенныхъ проступкахъ, нарушающихъ интересы церкви, причемъ даже смутное указаніе народной молвы служило основаніемъ изслѣдованію дѣла. Это вліяніе непровѣренныхъ слуховъ, узаконенное буллой Иннокентія III, устанавливавшей за infamatio значеніе повода возбужденія преслѣдованія, равнаго съ непосредственнымъ личнымъ обвиненіемъ, послужило главной отличительной чертой разыскного процесса, руководимаго церковью, отъ состязательнаго, дѣйствующаго еще въ государствѣ. Римскій состязательный процессъ и каноническое право существовали нѣкоторое время отдѣльно. Работы школы итальянскихъ юристовъ создали тотъ синкретизмъ между началами римскаго и каноническаго процесса, который въ теченіе 6 вѣковъ доставлялъ римскому каноническому праву устойчивость и способность сопротивленія духу измѣненій и новаторства болѣе успѣшно, чѣмъ всѣ другія учрежденія церкви и государства. Таковыми, напримѣръ, были Пляцентій, умершій въ Монпелье въ 1142 г., Болонецъ Азо, умершій во Франціи въ 1230 г., и другіе. Bofredus (1242 г.) больше всего способствовалъ этому сліянію, выработавшій въ своихъ Libelli de jure pontifica основное начало розыска, впослѣдствіи формулированнаго Иннокентіемъ III. Дальнѣйшимъ продолжателемъ его мнѣній былъ Танкредъ Болонскій, который въ l'ord judiciarius 1271 года, провелъ до конечныхъ результатовъ идеи своего предшественника, придавъ имъ законченность и точность [2]). Кромѣ того, такому сліянію способствовало заключеніе договора Фридриха Барбаруссы и папы Луція III, который предложилъ ему опредѣлить начала инквизиціоннаго процесса конституціей, вышедшей къ эпохѣ 1220—1239 г. Эта конституція, распространявшая отношенія обязанностей церкви и государства въ борьбѣ съ ересью, немедленно была рецепирована Людовикомъ IX во Франціи и почти всѣми республиками въ Италіи, установивъ такимъ образомъ и съ внѣшней стороны взаимодѣйствіе между церковью и государствомъ въ процессуальномъ порядкѣ. Фридрихъ II въ своихъ Неаполитанскихъ владѣніяхъ ввѣрилъ дѣло инквизиціоннаго процесса государственнымъ чиновникамъ, снабдивъ ихъ помощниками въ видѣ прелатовъ, выполнявшихъ роль экспертовъ въ судахъ [3]) [4]). Танонъ очень вѣрно даетъ понятіе о причинѣ быстраго сліянія и преобладанія инквизиціоннаго права надъ Римскимъ [5]). Въ то же самое время неясное выраженіе общегосударственнаго принципа римскаго уголовнаго права императорской эпохи получаетъ настойчиво проводимое обоснованіе въ нравственныхъ тенденціяхъ первоначальнаго каноническаго процесса. Принципъ государственности занимаетъ, вмѣстѣ съ историческимъ преобладаніемъ началъ каноническаго права, мало-по-малу центральный пунктъ и, наконецъ, ставитъ принципъ обществен-

---

[1]) Лянглуа—Инквизиція по новѣйшимъ трудамъ, стр. 18 и слѣд. 1903 г. Спб.

[2]) Garraud, стр. 134, 135 и слѣд. 1907.

[3]) Объ этомъ Tanon—Histoire de tribouneaux de l'inquisition en France, стр. 126—128. Paris.

[4]) Цит. соч., стр. 11.

[5]) «Свѣтская подсудность, находившаяся въ эпоху образованія инквизиціоннаго права въ періодѣ измѣненія стараго обвинительнаго процесса съ устностью и публичностью производства къ началу римскаго права (император. эпохи), естественно должна была самымъ серьезнымъ образомъ испытать на себѣ вліяніе новыхъ пріемовъ, освѣщенныхъ верховнымъ авторитетомъ церкви. Если въ реформу, тогда происходившую, были внесены худшія начала императорской юриспруденціи безъ гарантій, которыми въ римскомъ правѣ ограничивались злоупотребленія, то это случилось потому, что они получили одобреніе святого престола, введшаго ихъ въ инквизиціонное судилище».

ныхъ цѣлей и интересовъ въ процессуальной дѣятельности впереди всѣхъ другихъ требованій, обязывая судью разсматривать дѣло во всей его полнотѣ во имя общественныхъ надобностей и въ силу государственныхъ интересовъ [1]). Дальнѣйшей особенностью инквизиціоннаго процесса было его отношеніе къ характеру и способу употребляемыхъ доказательствъ. Въ то время, какъ германскій процессъ стремился къ установленію внутренней субъективной достовѣрности изслѣдуемаго факта, во что бы то ни стало, каноническій процессъ проводилъ судью къ познанію истины, если можно такъ выразиться, въ ворота логическихъ доводовъ, охватывающихъ всю систему изысканій понятіемъ непосредственной причинной зависимости логическаго порядка. Старый Франкскій процессъ переносилъ всю систему убѣжденій судьи въ виновности подсудимаго въ царство голаго факта, самодержавно правящаго исходомъ процесса, въ зависимости отъ вліяній абсолютизма слѣпой вѣры, въ силу присяги или ордальнаго суда. Каноническое право обязывало къ мотиваціи каждаго шага судью, въ его процессуальной дѣятельности, могущаго разсматривать каждый фактъ въ оправѣ логическихъ доводовъ устанавливающихъ его необходимость [2]). Эти соображенія и были изложены въ трактатѣ теоретическаго характера, Speculum juris Гильома Дюрана (1271), а въ XIII столѣтіи въ многочисленныхъ сборникахъ, региструющихъ уже устанавливающуюся практику, подъ именемъ Praxis, Praxtica, libellus, summa и обыкновенно совмѣщавшихъ въ себѣ уголовный кодексъ наравнѣ съ процессуальными обычаями. Старѣйшій изъ нихъ былъ составленъ A. Gandino въ 1471 г. въ Венеціи, а затѣмъ слѣдовали написанные преимущественно Итальянцами Augelus Aretinus de maleficiis tractatus, напечатанный во Франціи въ Ліонѣ въ 1551 году Ипполитомъ Марселіусомъ и другими, которые являлись объединителями взглядовъ юристовъ всѣхъ странъ, черпающихъ свои принципы и основныя понятія отъ итальянской школы юристовъ [3]). Въ Германіи особенно рѣзко сказалось это вытѣсняющее вліяніе римскаго каноническаго процесса на институтъ стараго германскаго права. Безчисленные мѣстные суды, дѣйствующіе подъ вліяніемъ старыхъ обычаевъ, несомнѣнно подпадали все болѣе и болѣе подъ вліяніе дѣлающагося общимъ правиломъ римско-каноническаго процесса, причемъ соотвѣтственно измѣнялось положеніе и народнаго элемента въ этихъ судахъ. Народные шеффены уже не диктуютъ своихъ приговоровъ юристамъ, бывшимъ ранѣе только закрѣпителями ихъ во внѣшней формѣ. Наоборотъ, шеффены теперь занимаютъ скромную роль подголосковъ судьи, дѣятельности котораго они подчиняются съ закрытыми глазами. Окончательное паденіе личности въ бездну церковнаго авторитета, покрывшаго всѣ права индивидуума епитрахилью непререкаемой самоувѣренности, гибель послѣднихъ призывовъ самоопредѣляющагося духа въ хоралахъ мессъ, славящихъ безволіе, наконецъ удары тяжелаго молота крѣпнущаго абсолютизма свѣтской власти, продолжающаго работу церкви съ своего конца,—вотъ тѣ причины, которыя способствуютъ широкому развитію инквизиціоннаго процесса съ тайной производства, развитіемъ предварительнаго слѣдствія и безмѣрно распространенной системой пытки [4]). Въ это время государи, дѣйствующіе бокъ-о-бокъ съ законниками въ дѣлѣ нивеллировки жизни страны по общимъ лекаламъ римско-каноническаго права, создаютъ рядъ процессуальныхъ кодексовъ, стремящихся закрѣпить установленное теоретическимъ путемъ единство. Таковы: Тирольскій уставъ 1419 года, Гмунденскіе артикулы 1514 г. и Бамбергскій уставъ 1507 г., послужившій основаніемъ замѣчательнаго памятника инквизиціоннаго процесса, извѣстнаго подъ име-

---

[1]) Объ этомъ Ch. Lea—Histoire de l'inquisition au moyen age, t. I. Paris, 1903.

[2]) Вершина была достигнута въ ордонансѣ 1670 года. Объ этомъ Esmein—Histoire de la procedure criminelle en France, стр. 242—244 и слѣд. 1882 г. Bonnier—Traité theorique et pratique des preuves en droit civil et en droit crlminelle, 1887 г. t. I. Paris.

[3]) Garraud, стр. 136 и 137.

[4]) Tanon, стр. 523 т. I, цит. соч. Lea, I, стр. 473—474, 542, 560, 565, 600.

немъ «Каролины», по имени Карла V, внѣшнимъ образомъ санкціонировавшаго его употребленіе. «Въ римской имперіи германской націи, большинство судовъ отправлялось по старому обычаю передъ лицами, не изучавшими нашего имперскаго права и неискусными въ немъ», говоритъ этотъ памятникъ, объясняя необходимость взаимопомощи судовъ въ рѣшеніи сложныхъ юридическихъ процессовъ и установленіи ревизіоннаго порядка производства. Неудобство личныхъ вліяній королевской власти, сознаваемое уже давно, повлекло за собою около этой же эпохи отмѣну кабинетной юстиціи, но насколько безсильна была эта мѣра, показываетъ тотъ фактъ, что въ Бранденбургѣ, напримѣръ, первоначальный указъ объ этомъ отъ 1495 г. пришлось повторить снова черезъ 50 лѣтъ въ настойчивыхъ выраженіяхъ, указомъ 1555 г., введшимъ высшіе коронные суды. Установленіе ревизіи, въ свою очередь, передавало центръ тяжести вліянія на ходъ дѣла въ руки юриста-секретаря, ведущаго протоколъ. Между 1595—1666 гг. извѣстный германскій юристъ Карпцовъ, работавшій въ Лейпцигѣ, написалъ результатъ своихъ опытовъ practica nuova, направленный къ пополненію «Каролины». Существенную часть его ученія о процессѣ составляетъ III-я часть его книги, причемъ онъ излагалъ въ ней наиболѣе характерныя черты современныхъ ему взглядовъ на нормальную организацію процесса. Онъ требовалъ: раздѣленіе розыска на общій и спеціальный, основаній убѣжденія судьи «въ тонкомъ наблюденіи», развитіе ученія о сущности дѣла, признаніе, удостовѣренія 2-мя свидѣтелями,—есть полное юридическое доказательство. Въ первой стадіи процесса дознаніе, служащее для выясненія общихъ признаковъ преступленія, носитъ названіе «Общаго розыска», послѣ котораго наступаетъ «Розыскъ особенный». Этотъ послѣдній сохраняетъ еще характеръ состязательнаго процесса съ допросомъ обвиняемаго, опредѣленіемъ предмета обвиненія и доказательствъ, а также съ предоставленіемъ права защиты. Допросъ свидѣтелей происходитъ, однако, на основаніи письменныхъ вопросовъ, составленныхъ судомъ и сторонами. Ведущій спеціальный розыскъ судья употреблялъ на этой стадіи производства всѣ усилія къ вымогательству признанія обвиняемаго, которое считалось исчерпывающимъ доказательствомъ и влекло къ непремѣнному вынесенію обвинительнаго приговора. Стремленіе каноническаго права познать истину, не считаясь съ способами ея достиженія, установленіе взгляда на виновность подозрѣваемаго, какъ на нѣчто само собою подразумѣвающееся, влекли за собою развитіе системы косвенныхъ уликъ и уничтоженіе всякаго формализма процесса. Бернаръ Гюи, напримѣръ, въ своемъ руководствѣ для производства инквизиціоннаго суда, формулу признанія обвиняемаго невиннымъ снабжаетъ слѣдующей краснорѣчивой цитатой: «nunquam mal rarissime fieri debet». Въ то время, какъ по общему праву показанія свидѣтелей сообщаются обвиняемому цѣликомъ для предоставленія ему возможности возражать и доказывать ихъ ложность, въ каноническомъ правѣ судья, передавая обвиняемому резюме свидѣтельскихъ показаній, не сообщаетъ ему именъ свидѣтелей, которыхъ инквизиція стремилась ограждать отъ возможной мести преданныхъ ими лицъ, или ихъ близкихъ [1]). Конечно, это было предлогомъ, ибо случаи такого вида мести были чрезвычайно рѣдки, по признанію самого инквизитора, напр. Эвмериха, но результатъ все же былъ на-лицо, ибо передавалъ дѣятельность сторонъ въ процессѣ въ руки судьи, оперировавшаго съ обвиняемымъ, какъ съ нужнымъ ему матеріаломъ. Обвиняемый долженъ содѣйствовать судьѣ въ раскрытіи его виновности. Онъ является фокусомъ, въ который направлены всѣ усилія мысли и воли судьи, жаждущаго обвиненія. Отсутствіе прокурора съ желѣзной необходимостью влечетъ упраздненіе защиты и замѣну соціальнаго розыска ничтожнымъ обрядомъ. Каноническій процессъ, покрывшій собою всѣ начала стараго римскаго права, былъ и здѣсь логиченъ до конца. Если подозрѣваемый виновенъ, то защитникъ становится въ положеніе помощника еретика, а зна-

[1]) Lea—Histoire de l'inquisition, t. I, p. 404—499.

читъ долженъ былъ бы отвѣчать, какъ его пособникъ [1]). Если онъ невиненъ—защитникъ очевидно излишенъ. Ясно, какъ эта система суда расходится съ нашей, гдѣ, по мѣткому опредѣленію Глязера, «основаніемъ всякаго уголовнаго доказательства служитъ распредѣленіе обязанностей доказывающихъ». Стоитъ прочесть наставленіе для судьи, составленное его опытнымъ коллегою, чтобы увидѣть всю систему производства въ ея безобразной наготѣ. «Путемъ искусныхъ переспросовъ стараются запутать (обвиняемаго), заставить противорѣчить самому себѣ. Если это не удается, быстро подносятъ къ его лицу потайной фонарь: мы знаемъ все, смотрите, у меня есть тутъ доказательства, раскройте наконецъ свое сердце. Я хотѣлъ бы, чтобы вы сказали правду, чтобы не задерживать васъ здѣсь долго; вы не очень сильны, въ тюрьмѣ болѣзнь скоро овладѣваетъ человѣкомъ, а я какъ разъ долженъ отправиться въ другое мѣсто, гдѣ мое присутствіе необходимо». Бернаръ Гюи рекомендуетъ нѣкоторые рецепты для лучшаго дѣйствія этихъ достойныхъ пріемовъ, именно—предосторожность предварительнаго одиночнаго заключенія и ослабленіе обвиняемаго; можно еще наложить оковы, лишить сна, не давать пить [2]). Если и это не поможетъ, тогда судъ примѣняетъ пытку. Здѣсь проявляется особенно ярко то постоянное братанье римскаго права и каноническаго процесса, сцѣпленныхъ между собою, какъ пальцы на рукѣ. Заимствовавъ пытку отъ римскаго процесса въ качествѣ подготовительнаго средства, каноническое право усовершенствовало, дополнило и развило этотъ ужасный институтъ, послѣ чего спокойно передало его свѣтскимъ судамъ. 15 мая 1252 г. Иннокентій IV предложилъ свѣтской власти употреблять пытку при всѣхъ дѣйствіяхъ каноническихъ трибуналовъ. Урбанъ IV, 4 августа 1262 г., пошелъ еще далѣе и уже къ XIV столѣтію ужасы пытки были такъ велики, что понадобилось слѣдствіе, раскрывшее на Віенскомъ соборѣ невообразимыя злоупотребленія и жестокость пытокъ. Постановленіемъ 1312 года рекомендованы нѣкоторыя ограниченія въ этой области, но разумѣется дѣло осталось тѣмъ же, ибо къ къ этому времени и свѣтскіе суды успѣли познать преимущества этого института. Система доказательствъ, разработанная съ величайшимъ тщаніемъ, все же не охватываетъ всѣхъ случайностей жизни. Тогда, на основаніи вышеприведенной формулы желать обвиненія, образовался особый институтъ «освобожденіе отъ инстанціи». Онъ получилъ начало опять-таки въ школѣ итальянскихъ юристовъ (создавшихъ его, чтобы лишить подозрѣваемаго exeptio re judiacae), и усиленнымъ и извращеннымъ перешедшій въ новые кодексы Европы. Защита даже въ послѣднемъ по времени кодексѣ розыскного процесса, наприм. Австрійск. 1803 г., въ первой инстанціи суда отсутствуетъ. Въ Прусскомъ процессѣ 1848 г. права ея также ничтожны. Такъ завершился этотъ ходъ розыскного процесса, извратившаго систему государственныхъ цѣлей въ личный произволъ, исканіе истины—въ сладострастную жестокость, гарантію порядка—въ поруганіе человѣчности, благо общественное—въ глумленіе надъ благомъ индивидуальнымъ. Стороны въ процессѣ исчезли; среди безмолвія и ужаса неизвѣстности судья, какъ восточный властелинъ въ своемъ дворцѣ, распоряжается процессомъ, отрѣзанный отъ человѣчества чуждой всѣмъ дѣятельностью, несходствомъ враждебныхъ всѣмъ симпатій. Если «Каролина» носила смѣшанный характеръ вліяній римскаго и каноническаго правъ, то типичнымъ образцомъ приведенной выше системы процесса былъ французскій законъ августа 1670 г. На этомъ законодательствѣ отразилось особенно ярко паденіе личности и расцвѣтъ абсолютизма, покрывшаго собою всѣ старыя вольности и права. Людовикъ XIV лично руководилъ его составленіемъ, знаменитѣйшіе юристы участвовали въ его созданіи; таковы были: Ламуаньонъ, Талонъ, Пюссоръ и друг. Его комментаторами выступили лица съ неменьшей извѣстностью, какъ напримѣръ, Мюйаръ де Вугланъ,

---

[1]) Lea—цит. соч., p. 502—503.

[2]) Объ этомъ Лянглуа—Инквизиція по новѣйшимъ изслѣдованіямъ, стр. 57.

Борнье и прочіе. Какъ только слѣдственный совѣтникъ получалъ извѣстіе о совершенномъ преступленіи, онъ вмѣстѣ съ секретаремъ обязанъ былъ приступить на основаніи статьи 9-й къ производству предварительнаго слѣдствія. Судья самъ вызывалъ свидѣтелей на основаніи матеріала предварительнаго слѣдствія повѣсткой (ст. 1). Добровольная явка свидѣтелей не допускалась (на основаніи ст. 4), ибо предполагалось, что они могутъ дѣйствовать во вредъ правосудію, для сокрытія личной виновности. Обвиняемый еще къ суду не былъ въ это время привлеченъ. Свидѣтели обязаны были удостовѣрять свою полную независимость отъ обвинителя или отъ обвиняемаго (принадлежность къ числу служащихъ въ ихъ домѣ уже исключала возможность быть свидѣтелемъ). Начала каноническаго права рельефно сказывались въ системѣ monitoire, выступавшемъ на сцену при отсутствіи свидѣтелей со стороны обвиненія. На основаніи предложенія суда, священники обращались къ паствѣ съ требованіемъ сообщить судьѣ все извѣстное о совершенномъ преступленіи, и это увѣщаніе, грозившее церковной карой, прибивалось къ церковнымъ дверямъ. Даже смутный намекъ на освѣдомленность обязывалъ гражданъ доводить объ извѣстномъ до свѣдѣнія суда въ 3-хъ дневный срокъ. Въ случаѣ убѣжденія судьи въ вѣроятной виновности подозрѣваемаго, онъ отдавалъ приказъ о заключеніи его въ тюрьму. Тамъ обвиняемый приводился къ присягѣ въ обезпеченіе истины его показаній и ему производился первый формальный допросъ. Послѣ этой процедуры обвиняемый призывался къ суду, который по соображеніи обстоятельствъ предварительнаго слѣдствія постановлялъ прекратить преслѣдованіе или давалъ дѣлу законный ходъ. Свидѣтелей снова вызывали въ судъ, имъ прочитывались показанія, данныя на предварительномъ слѣдствіи и, по приведенію къ присягѣ, предлагалось подтвердить сказанное на слѣдствіи. Измѣненіе показаній влекло за собою соотвѣтственную поправку въ текстѣ первоначальныхъ удостовѣреній. Послѣ этого свидѣтель былъ обязанъ во что бы то ни стало поддерживать истинность своего изложенія, подъ угрозой кары за лжесвидѣтельство. Подсудимому предоставлялось право отвода враговъ, родственниковъ и друзей потерпѣвшаго, преступниковъ, отлученныхъ отъ церкви и безчестныхъ людей (ord. tit. XV art. 11). Право отвода свидѣтелей прекращается послѣ прочтенія подсудимымъ ихъ показаній. На эти показанія подсудимый могъ дѣлать возраженія и требовать опредѣленія средствъ для защиты; все это заносилось въ протоколъ. Тогда выступалъ прокуроръ со своимъ заключеніемъ, которое онъ, во избѣжаніе давленія на судъ, передавалъ въ запечатанномъ конвертѣ въ канцелярію суда, гдѣ оно и хранилось. Послѣ этого подсудимый снова допрашивался судомъ, который одновременно съ этимъ знакомился съ заключеніемъ прокурора и входилъ въ обсужденіе его и отвода свидѣтелей. Послѣ этого наступаетъ новый допросъ свидѣтелей, сопровождаемый очными ставками свидѣтелей съ подсудимымъ. Послѣдній долженъ былъ изыскивать всѣ средства къ оправданію во время этой процедуры и никакія требованія его, заявленныя впослѣдствіи въ этомъ направленіи, не принимались во вниманіе судомъ. Тутъ снова начинается провѣрка доводовъ обвиненія, соображенныхъ съ фактами защиты, и судъ пересылалъ все дѣло прокурору, а этотъ послѣдній снова направлялъ его суду. Тогда слѣдовалъ новый допросъ подсудимаго и снова пересматривалось все дѣло, дѣлались въ немъ необходимыя измѣненія и дополненія. Послѣ этого обсуждался вопросъ о примѣненіи къ подсудимому пытки, почти всегда рѣшаемый въ положительномъ смыслѣ. Послѣ пытки новый допросъ подсудимаго. Если пытка увѣнчивалась вожделѣннымъ признаніемъ подсудимаго, которое онъ впослѣдствіи подтверждалъ, слѣдовалъ обвинительный приговоръ. Но если у подсудимаго даже пытка не вынуждала признанія, тогда обращались къ теоріи доказательствъ, дѣлившихся на совершенныя и несовершенныя. Улики дѣлились въ свою очередь на несомнѣнныя, болѣе сильныя и менѣе сильныя [1]). Въ случаѣ недостатка или отсутствія уликъ

[1]) Esmeine—Histoire de la proced. Crim., p.p. 269—289, 1882.

исполненіе приговора откладывалось на неопредѣленный срокъ, до пріисканія лучшихъ доказательствъ. Если даже не было сколько-нибудь опредѣленныхъ доказательствъ, подсудимый могъ, на основаніи однихъ косвенныхъ соображеній суда, подвергаться тяжкимъ карамъ, которыя только нѣсколько смягчались сравнительно съ нормой, нарушенной по предположенію суда [1]). Такъ протекалъ этотъ удивительный порядокъ суда, въ которомъ не знаешь, чему больше дивиться, отсутствію ли логики со стороны судей, или недостатку протеста среди жертвъ. Вотъ наиболѣе типичный образецъ инквизиціоннаго процесса, въ теченіе 6-ти вѣковъ господствовавшаго надъ человѣчествомъ и оказавшагося, можетъ быть, самымъ непоколебимымъ учрежденіемъ среди политическихъ и церковныхъ установленій средневѣкового и новаго порядка государственнаго строя. И это тѣмъ болѣе привлекаетъ наше вниманіе, что какъ разъ въ это время въ человѣчествѣ мѣнялась не разъ оцѣнка высшихъ принциповъ жизни, призывалась къ суду церковь и государство, философія и вѣра, наука и религія, практическая жизнь и идеалъ. Это непонятное явленіе станетъ тотчасъ же яснымъ и опредѣлится, какъ только мы приложимъ въ видѣ критерія къ нему положеніе личности въ обществѣ, въ теченіе всей этой цѣпи безпрерывныхъ соціальныхъ катастрофъ. Система обвинительнаго процесса Греціи и Рима, главнымъ образомъ эпохи quaestione perpetuae, соотвѣтствовала практическому вліянію, оказываемому личностью, какъ таковой на всѣ сферы жизни. Въ политикѣ оно выражалось въ общественныхъ идеалахъ полноправнаго вершительства государственныхъ судебъ, въ религіи оно проявлялось въ автократизмѣ семейнаго жречества, въ философіи—въ критическомъ творчествѣ основъ міропорядка. Вліяніе идеализма, удалившаго мечту философствующей личности за рубежъ практической жизни, помѣшало создать научный типъ философіи, могущій быть связью между задачами теоретическаго умозрѣнія и ближайшими цѣлями существованія. Оно передало усложнившейся до чрезвычайности суммѣ общественныхъ отношеній Рима тріаду философіи, науки и права, разбросанными по различнымъ краямъ общественнаго горизонта и тѣмъ лишающими государственный порядокъ органической цѣлости. Поэтому Римская цивилизація позднѣйшей поры составляетъ причудливый конгломератъ системы завоевательнаго флибустьерства и экономическаго вымогательства, поэзіи безъ идей, учености безъ вліяній, исторіи похожей на дидактику, этической философіи—на упрекъ, боговъ, приспособленныхъ къ наслажденію, культовъ, принаровленныхъ къ разврату. Среди всего этого, какъ слѣдствіе, безпощадный эгоизмъ чудовищнаго безумія рабства и пролетаризація низшихъ классовъ, которые форумъ сдѣлали цирковой ареной, гдѣ личность выполняетъ роль гладіатора, а государство—тигра, пожирающаго ее. Римъ погибалъ и разлагался, вмѣстѣ съ ужасомъ рабовладѣльчества. Количество рабовъ возрастало съ каждымъ днемъ, тогда какъ населеніе уменьшалось. По словамъ Тацита, жизнь раба ставилась ни во что; Кв. Фламиній велѣлъ убить одного изъ своихъ рабовъ, чтобы показать другу, какъ убиваютъ людей. У Ювенала женщина говоритъ своему мужу: «вели поставить крестъ для этого раба. Но какое преступленіе совершилъ онъ? Гдѣ свидѣтели? Гдѣ обвинитель? Рѣчь идетъ о жизни человѣка. Несчастный! Развѣ рабъ человѣкъ? Пусть онъ ничего не сдѣлалъ, но онъ долженъ быть распятъ. Я хочу этого, я приказываю, моя воля—мои основанія» [2]).

Что могло сохраниться въ обществѣ, пропитанномъ такими принципами. Сенека былъ правъ, когда рабство ставилъ причиной правового и политическаго упадка, исходящихъ отъ деспотіи цезарей. «Какъ вы жалуетесь на тирановъ, а вы сами развѣ не являетесь въ своемъ домѣ самыми заносчивыми и жестокими тиранами». Отсюда паденіе

---

[1]) Беко, стр. 283.

[2]) Гюйо—Соціальное ученіе христіанства, стр. 64, 76, 62. Петерб. 1907 г. Также Кистяковскій, 2 изданіе. «Изслѣдованіе о смертной казни».

интереса къ общественной жизни и къ ея священному выраженію—суду. Закрытіе дверей, уничтоженіе народнаго контроля, введеніе пытки,—характерный конецъ римскаго процесса. Поэтому вліяніе критической мысли не вышло изъ предѣловъ личнаго канона, и безпредѣльные идеалы отдѣльныхъ философскихъ школъ и отдѣльныхъ личностей тонули въ напорѣ догматической нетерпимости и антропологическаго варварства [1] [2]. Пришедшая на смѣну система христіанской морали не спасла личность отъ упадка, ибо выдвигала аскезу и квіетизмъ вмѣсто дѣятельности и борьбы, фанатизмъ и мученичество—на мѣсто интересовъ къ общественнымъ задачамъ. Христіанство въ своемъ ученіи не тронуло ни единаго камня въ чудовищномъ зданіи рабства, возведенномъ міровымъ хищничествомъ Рима [3]. Юридическая благожелательность деспотизма цезарей, стремившаяся поднять значеніе личности раба при уничтоженіи права гражданина, взаимно нейтрализовалась, а мораль христіанства не служила имъ опорой. Что прибавило оно къ праву рабовъ приносить свои жалобы магистрату, данному имъ Нерономъ? Чѣмъ подкрѣпило законъ Петронія, воспрещавшій рабовъ отдавать на съѣденіе звѣрямъ; какъ отнеслось къ законамъ Антонина и Адріана, отнявшимъ у послѣднихъ право на жизнь раба, передавъ его префекту, или къ закону Домиціана, запретившему рабовъ кастрировать? Провозглашая себя наслѣдникомъ царства «не отъ міра сего», Христосъ, направляя всѣ усилія внутрь отдѣльныхъ личностей, не вычеркнулъ ни единой буквы изъ кодекса и политическихъ обязанностей личныхъ правъ. Апостолъ Павелъ говоритъ: «рабы, повинуйтеся господину надъ вашимъ тѣломъ со страхомъ и трепетомъ, въ простотѣ вашего сердца, какъ Христу. Пусть рабы повинуются ихъ господамъ, угождаютъ имъ во всемъ, не противорѣчатъ имъ, не обманываютъ ихъ, докажутъ имъ свою вѣрную службу, чтобы во всемъ славить ученіе Спасителя нашего Бога». Іоаннъ Златоустъ пишетъ: «рабство есть благо, ибо служитъ христіанину случаемъ для заслуги». Конецъ IV и начало V вѣковъ знаменуются появленіемъ рабовъ у церквей Рима, Африки и востока. Первый соборъ въ Арлѣ и второй въ Оранжѣ грозятъ отлученіемъ лицамъ, присвоившимъ церковныхъ рабовъ. Римскій соборъ 1049 года, при Львѣ IX, дѣлаетъ рабынями Латеранскаго дворца всѣхъ женщинъ, отдавшихся священникамъ въ городской чертѣ. II соборъ въ Арлѣ дѣлаетъ раба виновнымъ, если онъ покончилъ самоубійствомъ, изъ-за строгости господина. Папа Левъ I требовалъ, чтобы къ церковной мессѣ не допускались вольноотпущенники и рабы. Объ этомъ законъ 305 года, и такъ далѣе безъ конца [4]. Понятно, почему положеніе личности не измѣнилось, почему вліяніе общества и государства соединяли свои усилія, чтобы въ послѣдней чертѣ исканія справедливости—залѣ суда господствовали принципы, дѣлающіе личность орудіемъ цѣлей, которыя она не постигала. Въ первомъ періодѣ среднихъ вѣковъ до XIII вѣка, вторгающееся право варваровъ съ ихъ культомъ индивидуализма на время измѣняетъ порядокъ. Феодалъ садился на кресло претора, колонъ замѣнялъ раба, вассальная особность—императорскій централизмъ. На ряду съ этимъ, полосы свѣжихъ дуновеній бороздятъ поверхность соціальной жизни Европы. Гигантскій изоморфизмъ религіозной мысли концентрируетъ католическую однородность на одномъ концѣ континента и неимовѣрное распространеніе ислама на Азіатскомъ берегу, теодицію римскаго первосвященничества и политическій универсализмъ римскаго цезаризма. Потребность въ справедливости ложится въ исполинскомъ теченіи крестовыхъ массъ на востокъ, индиви-

---

[1]) По Гаю оно: «quod naturalis ratio inter omnes homines constituit. Ульпіанъ: quod natura omnia animalia docuit» онъ присоединяетъ къ этому утвержденіе, какъ выводъ, что всѣ люди рождаются свободными и значитъ всѣ равны».

[2]) У Гизо, стр. 239, 240 и слѣд.

[3]) Объ этомъ Вальтеръ—Возникнов. Христ. и распростр. на вост., т. IV, Ист. челов. 1903 г. изд. просвѣщенія, стр. 190—194 и Монтескье, ред. М. Ковалевскаго, стр. 432 и 433, цит. соч. Петербургъ.

[4]) Гюйо, стр. 68 и слѣд.

дуальная неудовлетворенность сіяетъ въ легендѣ о «святомъ гралѣ», прозелитизмъ воинствующихъ орденовъ нищихъ монаховъ сталкивается съ роскошью и мотовствомъ епископовъ, феодальная необузданность грубаго вождя встрѣчается съ утонченной жеманностью рыцарскаго этикета. Изъ этой борьбы противорѣчій личность выходила если и изнервленной, то не уничтоженной, и отсюда съ нею считаются въ государственномъ и общественномъ правѣ и судѣ. Ее снабжаютъ рядомъ гарантій, присваивая процессу публичность и устность, состязательность и равенство сторонъ [1]). Вслѣдъ за этимъ наступаетъ новый историческій циклъ. Католицизмъ укрѣпляется во всѣхъ позиціяхъ, трибуналъ инквизиціи призывается къ жизни, императоры вступаютъ съ папствомъ въ союзъ, блестящая цивилизація французскаго юга насильственно умираетъ. Тогда критическая мысль исчезаетъ въ дымѣ костровъ, голоса Ересіаховъ слабѣютъ въ пыткѣ, фантазія противниковъ церковнаго грабежа улетаетъ въ небеса «утопій», религіозная военщина таборитовъ гибнетъ при «Бѣлой Горѣ», моральный протестъ противъ подавленія личности вырождается въ циничное кривлянье возрожденнаго новаго язычества. Это все устраняетъ какую бы то ни было возможность считаться съ личностью какъ съ таковой. Побѣда одержана на всѣхъ пунктахъ, закрѣплена внѣшнимъ образомъ въ созданіи суда, таинственно и безконтрольно хватающаго свои жертвы. Поэтому мы видимъ введеніе процедуры, стирающей виновность въ общей безформенности инквизиціоннаго ритуала, установленіе порядка, въ которомъ судья сосредоточиваетъ въ себѣ цѣлокупность дѣятельности абсолютнаго и суроваго господина, а обвиненный—беззащитнаго и трепетнаго раба. Такъ возникъ и осуществлялся этотъ порядокъ суда, въ которомъ личность судьи выступала на первый планъ. Какъ воинъ въ своей палаткѣ располагается онъ въ залѣ суда, у дверей котораго, подобно вѣрному коню, привязана идея. Совершенъ проступокъ, настаетъ часъ дѣятельности, онъ выходитъ и скачетъ среди кипящей жизни черезъ барьеры чувства, преграды жалости, заставы состраданія, презирающій человѣка, чуждый человѣчности, врагъ симпатіи, рабъ логики, онъ мчится навстрѣчу дѣятельности, принципъ которой пытка, а душа—обвинительный приговоръ.

Глава VI.

Какія же превращенія испыталъ на себѣ военный процессъ. Какъ сказалось и въ немъ положеніе личности, государственная система и общественная связь.

Въ старомъ римскомъ войскѣ право дисциплинарное было вмѣстѣ съ тѣмъ и судебнымъ, и носитель высшей дисциплинарной власти, консулъ, являлся одновременно съ тѣмъ и верховнымъ судьей съ неограниченнымъ правомъ кары и милости. Процессъ былъ гласный, устный, публичный въ столь высокой степени, что первоначальные войсковые судьи не могли судить иначе, какъ подъ открытымъ небомъ на форумѣ лагеря, чему, конечно, много способствовалъ благодатный итальянскій климатъ. День засѣданія обозначался во всеобщее свѣдѣніе краснымъ флагомъ, развѣвающимся на копьѣ претора. Въ зависимости отъ тяжести угрожающей виновному кары, предсѣдательствовалъ въ судѣ самъ консулъ, всадникъ, сенаторъ или центуріонъ въ присутствіи ликторовъ, составлявшихъ почетную стражу и символизировавшихъ его права. Поддержаніе дисцип-

[1]) Объ этомъ Іеллинекъ, стр. 211 и слѣд.

лины было спеціальной обязанностью особыхъ военныхъ трибуновъ [1]). Въ виду малой разработанности какъ общаго, такъ и гражданскаго законодательства, право кары сливается съ понятіемъ дисциплинарной власти. Эта послѣдняя у римлянъ образовывала верховное понятіе имперіума, которымъ снабжались верховные вожди войска. Извѣстно изреченіе Валерія Максима «aspere et abscissio costigationis genere militaris disciplina indiget» [2]). Тѣснѣйшая связь націи дѣлаетъ войско собраніемъ гражданъ, только вооружившихся для борьбы. Эта связь проявляется въ полномъ тождествѣ судебныхъ порядковъ тѣмъ болѣе, что во время зимнихъ отдыховъ отъ походовъ гражданская община управлялась тѣми же лицами, которыя водили ее и на войну. Хотя, вообще говоря, эта власть суда принадлежала военнымъ до городской черты, въ которой на всѣ проступки войска распространялась подсудность магистрата [3]). Консулъ, предводительствовавшій войскомъ, имѣлъ право imperium'а, который предоставлялъ ему неограниченную власть. Въ сравненіи съ нею могли быть только поставлены лишь такія же абсолютныя полномочія pater familias, неимѣющія ограниченій. Однако, верховный принципъ гражданской независимости и здѣсь выступалъ ограничительнымъ элементомъ, ибо въ близкомъ присутствіи націи ничто позорящее гражданина въ области наказаній не допускалось. Такъ въ римскомъ войскѣ въ городскихъ предѣлахъ тѣлесныя наказанія были воспрещены [4]). Право имперіума осуществлялось военоначальникомъ до 123 г. до Р. Х., когда развившееся стремленіе къ гарантіямъ его упразднило. Первоначально произвольная власть начальника вливалась уже здѣсь въ установленныя обычаемъ формы, причемъ произволъ сильно ограничивался развившимся правомъ апелляцій. Это право апеллировать на приговоръ начальника въ Римскій сенатъ примѣнялось въ широкой степени, причемъ старый приговоръ обычно уничтожался и сенатъ предписывалъ произвести новое разбирательство того же дѣла [5]). Извѣстный всѣмъ быстрый ростъ цезаризма по необходимости вынудилъ стремящихся къ достиженію его императоровъ, разобщить войско съ народомъ. Экономическія причины, въ которыхъ игралъ главную роль аграрный вопросъ докончили это отдѣленіе, которое въ нравственномъ міросозерцаніи уже закончилось ко времени Августа. Въ принципѣ военное право было во власти императора, который одинъ распоряжался созданіемъ нормъ уголовнаго и процессуальнаго правъ. Хотя все же первоначально цезарь не могъ присуждать воина къ смертной казни, и высшая кара, которая ему была присвоена, являлась депортація. Lex Julia отнимаетъ право ношенія оружія у римскихъ гражданъ и создаетъ систему комплектованія войска въ большей части варварами, а въ меньшей выбитымъ изъ соціальной среды полунищимъ сбродомъ [6]). Къ этому времени вырабатывается принципъ, нашедшій выраженіе въ законѣ: «in crucem milites tulit et servilibus suppliciis semper affecit; et quum seditiones militares pateretur, milites saepius decumavi, aliquando etiam centesimavit». Попутно съ этимъ совершалось съ роковой необходимостью вымираніе римскаго военнаго процесса, который все больше и больше замыкался въ узкую черту мертвыхъ формулъ. При Юстиніанѣ процессуальный порядокъ сдѣлалъ изъ солдата и его личности орудіе въ своего рода эквилибристической игрѣ, производившейся въ военныхъ судахъ. Вмѣстѣ съ этимъ, конечно, публичность была изгнана изъ военныхъ судовъ. Этотъ драгоцѣннѣйшій элементъ справедливости суда былъ по заслугамъ цѣнимъ римскимъ народомъ. Громадное значеніе, придаваемое ему, видно хотя бы изъ того, что

---

[1]) Объ этомъ Паули—Первобытное насел. Аппенинск. полуострова, Всемирная истор., т. IV, стр. 359 и 360. Петербургъ, изд. Просвѣщенія.

[2]) См. объ этомъ Дангельмайеръ—Ист. воен. уголовн. пр., стр. 7 и Бурденъ—Статья въ энциклоп. словарѣ.

[3]) Момзенъ—«Римская исторія» 1877 г. ч. I, стр. 63, Москва.

[4]) Момзенъ—цит. соч., т. I стр. 235 и слѣд. и Іерингъ—Духъ римск. права, стр. 214 и слѣд.

[5]) Момзенъ, т. I стр 241, 246, 257.

[6]) Объ этомъ Zumpt Die Beamten und Wolksgericht des Römischen republique 1865 г., стр. 121—125.

однимъ изъ поводовъ возстанія противъ Тарквинія было отправленіе имъ правосудія у себя въ домѣ. На окраинахъ въ римскихъ легіонахъ долгое время, еще даже при императорахъ, сохранялся обычай уже вытравленный въ римскихъ войскахъ метрополіи. Подъ открытымъ небомъ, въ огражденномъ пространствѣ передъ жилищемъ начальника производилось судебное разбирательство, которое лишь въ дурную погоду переносилось въ его домъ. Эти обычаи судопроизводства въ варварскихъ странахъ являлись источникомъ культуры, откуда Франкскіе короли и римское духовенство черпали примѣры для управленія и силы для цивилизаціи. Германскіе легіоны, бывшіе долгое время среди римскихъ войскъ, въ которыхъ служило множество германцевъ, занимавшихъ высокія степени офицеровъ, пріучились къ системѣ римскаго военнаго процесса и перенесли его къ себѣ на родину. Какъ много германцевъ служило въ войскѣ Рима показываетъ хотя бы уже тотъ фактъ, что ужасная гибель 17, 18 и 19 легіоновъ въ Тевтобургскомъ лѣсу приписывалась столько же измѣнѣ германскихъ офицеровъ въ моментъ нападенія, сколько крайней неспособности Вара [1]). Таково происхожденіе многихъ судебныхъ германскихъ институтовъ, смѣшавшихся съ римскими началами, такъ изъ чисто германскихъ gofgericht'овъ образовались lengericht'ы и persgericht'ы, бывшіе въ свою очередь родоначальниками современныхъ германскихъ военныхъ судовъ. Гизо, знатокъ вопроса, предостерегаетъ отъ признанія какихъ-либо германскихъ началъ послѣ вторженія варваровъ, указывая, что они потерпѣли глубокое измѣненіе, вслѣдствіе вліянія римской культуры. Онъ указываетъ совершенно справедливо [2]), что въ это время войско все же, несмотря на общіе взгляды и органическую связь съ народомъ, занимало отдѣльное положеніе, такъ что приводимое выше понятіе общности, какъ его толкуютъ нѣмецкіе изслѣдователи, напр., Мауреръ, Зигель и, идущіе по ихъ слѣдамъ, Zenk и Маркъ,—можетъ быть принято лишь въ относительномъ смыслѣ. Съ одной стороны, это были собственники, живущіе въ своихъ доменахъ среди колоновъ соединенныхъ въ отдѣльныя поселенія, въ которыхъ судъ происходилъ въ присутствіи всѣхъ полноправныхъ членовъ подъ руководствомъ стариковъ, съ другой—военныя банды бездомныхъ людей, организація которыхъ была совершенно различна. Главными началами, которыя ихъ объединяли, были принципъ главенства избраннаго вождя и родственныя узы, которыя заставляли ихъ часто соединяться другъ съ другомъ [3]). Отношенія были построены на покровительствѣ высшихъ низшимъ и воинскомъ подчиненіи. Однако, эта своеобразная организація пользуется чрезвычайной свободой во внутреннихъ отношеніяхъ и начальство избраннаго вождя главнымъ образомъ основывается на дѣйствительномъ превосходствѣ—храбрости, искусствѣ, жестокости и силѣ [4]). При войскѣ находились кромѣ того жрецы, освящавшіе приговоръ. При Каролингахъ основнымъ принципомъ войскового процесса было собраніе войска на Майскихъ поляхъ, перешедшее по наслѣдству отъ Мартовскихъ полей Меровинговъ. Измѣненія, внесенныя капитуляріемъ Карла Великаго отъ 810 г., впервые устраняютъ войско отъ непосредственнаго участія въ судѣ и передаютъ полномочія суда въ руки графовъ, дѣйствовавшихъ отъ лица короля, какъ ранѣе я упомянулъ, осуществляя разомъ гражданскую и военную власти. При Карлѣ Великомъ наблюдалось особенно настойчивое желаніе связать дѣятельность суда съ Божественнымъ авторитетомъ, для чего всѣ судныя мѣста располагаются по закону всегда подлѣ церкви. Это было конечно лишь логическимъ завершеніемъ прежней роли жрецовъ, которая теперь переходитъ къ христіанскому духовенству. Основной принципъ независимости личности влекъ за собою тѣ же ограниченія для королей, которыя мы видимъ даже

---

[1]) Объ этомъ см. Іелинекъ, стр. 209 и 210 цит. соч. и Всемірн. ист., т. IV, стр. 412 и 413.

[2]) Цит. соч., стр. 243 и 244.

[3]) Объ этомъ Гринъ—«Кратк. истор. Англ. нар.», 1897—1900 т. I, стр. 9—12. Москва.

[4]) Kraus—цит., соч., стр. 5—6.

вначалѣ цезаризма въ Римѣ, именно невозможность для короля накладывать лично тяжкія кары. Суды дѣлились при Карлѣ Великомъ на высшіе и низшіе. Въ послѣднихъ засѣдали только крупные вассалы и знатное духовенство. Въ 585 г. Бургундскій король Гунтрамъ учредилъ такой судъ для производства дѣла о высшемъ начальствующемъ лицѣ, обвиненномъ въ измѣнѣ. Суды, какъ я уже говорилъ, происходили въ смѣшанномъ составѣ назначаемыхъ королемъ судей и шеффеновъ, но непремѣнно подъ открытымъ небомъ. Старо-германскій процессъ держится, по опредѣленію Kraus'a, до среднихъ вѣковъ слѣдующаго правила „Identität von Volk und Heer schliess ein Sonderverfahren in letzterem aus [1] [2] [3]). При распредѣленіи участковъ завоеванныхъ и территоріальныхъ образовалось, кромѣ крупныхъ вассальныхъ владѣній, еще множество мелкихъ свободныхъ военныхъ людей, получившихъ отчасти римскія, отчасти германскія названія milites, equites, Ritter, Kriger, которые устанавливали, помимо общихъ законовъ, еще особые суды перовъ съ спеціальной подсудностью; послѣдняя послужила зерномъ, изъ котораго выросли рейтарскіе суды позднѣйшей эпохи. Однако уже къ XII вѣку стремленіе подвергнуть войско болѣе единообразному установленію общей для всѣхъ легализаціи воинскихъ отношеній, стремленіе, которому соотвѣтствовало аналогичное совершенно теченіе въ области общегражданской жизни,—заставило императоровъ озаботиться введеніемъ общаго для всѣхъ въ войскѣ процессуальнаго порядка. Уже и ранѣе, въ XI столѣтіи, суды въ войскахъ отправлялись исключительно высшиминачальствующими лицами, хотя тѣнь былого единства народа и войска и права личности проявлялась еще до короля Генриха V, бывшаго послѣднимъ, созывавшимъ собранія войска для сужденій важнѣйшихъ дѣлъ. Такъ поступилъ Фридрихъ II, издавъ въ 1158 г. законодательный актъ, коимъ устранялась всякая посторонняя подсудность кромѣ земскихъ, военныхъ и лагерныхъ судовъ, дѣйствовавшихъ въ войскѣ. Общая всѣмъ судамъ начала феодальной эпохи система состязательнаго начала съ гласнымъ и устнымъ способомъ производства должна была найти себѣ еще большее примѣненіе въ судахъ войска, гдѣ еще не умерли традиціи германскаго стараго суда, дѣйствовавшаго въ народномъ войскѣ. Мы дѣйствительно встрѣчаемъ здѣсь широчайшую публичность производства, соединенную съ непосредственностью, причемъ весь порядокъ суда протекалъ полностью передъ начальникомъ, остававшимся безстрастнымъ наблюдателемъ хода событій. Система доказательствъ сводилась преимущественно къ свидѣтельскимъ показаніямъ, подкрѣпленнымъ, какъ въ общемъ германскомъ судѣ, присягой, которой придавали громадное значеніе. Къ XIV столѣтію мы начинаемъ наблюдать недостатокъ годныхъ къ войнѣ дворянъ, соотвѣтственно съ усложнившейся и расширившейся сферой внутренней и внѣшней политики. При желаніи стремящихся къ абсолютизму князей какъ можно далѣе держать народъ отъ участія въ активной политикѣ страны, а равно обезоруженіе массъ, столь удачно проведенное римскими цезарями, побудило обратиться къ наемному элементу. Въ 1422 г. рейхстагъ Нюренберга, напримѣръ, ассигновываетъ сотый пфенингъ на наемъ солдатъ противъ гусситовъ [4]). Вмѣсто національныхъ войскъ предназначившихся уже только къ борьбѣ на пограничной чертѣ государства, появляются solidat, solidari, употребляющіеся только для непродолжительныхъ войнъ [5]). Въ концѣ XIII столѣтія этотъ родъ войска былъ уже господствующимъ и въ системѣ процессуальнаго устройства теперь господствуетъ начало jus gladii. Характернымъ выраженіемъ воззрѣній на сущность судебнаго порядка въ войскѣ можетъ служить энци-

---

[1]) Объ этомъ Zenk, стр. 58.

[2]) S. 8.

[3]) Kraus, цит. соч. стр. 8.

[4]) Kraus, стр. 17—19.

[5]) Объ этомъ Рюстовъ—Ист. пѣх. 1876 г., ст. 172. Петербургъ.

клика епископа Миланскаго, написавшаго ее для войска Фридриха въ 1158 г. «Scias itaque omne jus populi in condendis legibus tibi concessum. Tua voluntas jus est. Quod principi placuit legis habet vigorem [1]).

Начало этимъ наемнымъ войскамъ дали швейцарцы послѣ войнъ Карла Смѣлаго, стяжавшіе себѣ заслуженную славу, какъ наиболѣе выдержанное и могущественное войско въ Европѣ [2]). У швейцарцевъ отъ 14 до 16 столѣтія мы находимъ вполнѣ выраженные принципы обвинительнаго процесса съ широчайшей публичностью, устностью и состязательностью, внутреннимъ убѣжденіемъ судей и системой доказательствъ, построенныхъ на свидѣтельскихъ показаніяхъ, принимавшихъ сознаніе обвиняемаго за исчерпывающій аргументъ для признанія его виновнымъ. Войско швейцарцевъ было проникнуто особенно сильно этими началами народнаго обвинительнаго суда потому, что первоначально оно какъ разъ исходило изъ нѣдръ народности, являясь носителемъ величайшихъ народныхъ надеждъ и прибѣжищемъ всѣхъ народныхъ упованій. Затерянные въ долинахъ Альпъ Фирвальштедскаго озера—они удержали вмѣстѣ съ независимостью отъ феодальнаго владычества и благороднѣйшіе идеалы независимой личности, въ принципахъ старогерманскаго процесса [3]). Въ этомъ войскѣ, въ первую героическую эпоху его развитія конца 13 и 14 вѣка, идеалы гражданской связи войска съ націей подымали личность солдата на безграничную высоту. Они создали соотвѣтственное выраженіе для оцѣнки этой послѣдней въ видѣ широкихъ гарантій представляемыхъ состязательнымъ процессомъ, нашедшимъ себѣ полное примѣненіе въ этихъ истинно народныхъ войскахъ. Въ вѣка величайшей распущенности военныхъ нравовъ, организованнаго грабежа, коллективнаго разбоя, ужасающей дезорганизаціи, эти войска являлись образцомъ великихъ военныхъ добродѣтелей, съ суровымъ аскетизмомъ долга и дисциплины, которую они поддерживали лучшими способами когда-либо употребляемыми для этой цѣли—самодѣятельнымъ осуществленіемъ воинскаго порядка. Галлеръ разсказываетъ одинъ эпизодъ сраженія при Дорнахѣ, могущій служить тому примѣромъ. Въ концѣ сраженія 200 солдатъ Бернскаго кантона начали грабить убитыхъ, товарищи мгновенно убили этихъ несчастныхъ, оскорбленные нарушеніемъ чести воина, которая господствовала надъ жизнью и смертью солдата. Въ сраженіи при с. Жакобѣ, при переходѣ рѣки Бирсы, 12 человѣкъ отстало во время слѣдованія войскъ черезъ кустарникъ—товарищескій судъ всѣхъ ихъ присудилъ къ смерти. Зато эти воины-граждане, личность которыхъ вездѣ одинаково охранялась, всюду равно гарантировалась,—вездѣ оказывались побѣдоносны. За ними сохранилась плеяда великихъ именъ Моргартена, Мура, Семпаха. Зато при Серизолѣ со стороны 12 знаменъ, обвѣянныхъ славой, неслись возгласы къ Франциску: «если хоть одинъ изъ насъ забудетъ свой долгъ, пусть будетъ имя его кантона покрыто безчестьемъ» .. Эти традиціи сохранились въ войскѣ, пройдя нетлѣнными черезъ вѣка. Когда за возстаніе въ Нанси изъ полка Люлли Шатовіе судомъ было сослано въ каторжныя работы 41 человѣкъ, а нѣсколько казнено, и Французское національное собраніе ихъ помиловало,—вотъ что отвѣтилъ ему кантонъ, который былъ увѣдомленъ объ этомъ въ письмѣ отъ 25 декабря 1791 года: «Люди эти нарушили вѣрность долгу, которымъ всегда отличались Швейцарцы и не заслуживаютъ прощенія ибо запятнали репутацію націи» [4]). Но слѣдуетъ сказать, что эти благородныя начала исчезаютъ постепенно изъ войскъ швейцарцевъ по мѣрѣ закрѣпощенія личности, когда и внутри государства олигархическое правительство, далекое отъ интересовъ народа, про-

---

[1]) Barthold. Georg von Frundsberg oder das deutsche Kriegsbandmerk zur Zeit der Reformation. 1883 Hamburg.

[2]) Объ этомъ Рюстовъ, I, стр. 114—118.

[3]) Рюстовъ, I, стр. 117.

[4]) Zenk, ст. 285.

*

давало гражданъ всѣмъ завоевателямъ Европы. Здѣсь швейцарцы отучались отъ увѣренности въ справедливости и истинѣ того дѣла, которое они защищали, имѣя на мѣсто всего низменный торговый интересъ. Наряду съ паденіемъ личности исчезаетъ изъ процесса войска обвинительное начало суда и уже въ 17 столѣтіи величайшимъ признакомъ полнаго презрѣнія къ личности служитъ пытка, появляющаяся въ судахъ, при чемъ на всей системѣ отражаются инквизиціонныя понятія, заимствованныя у «Каролины». Это особенно замѣтно въ кантонахъ большей реакціи, какими являются католическіе, напр. Швицъ, Ури, Унтервальденъ и Цугъ. Здѣсь характерно примѣненіе пытки даже къ генералу Кессерлингу въ 1633 г., чего не было даже въ проникнутыхъ инквизиціонными началами прочихъ процессахъ Европы. Суды въ своемъ составѣ были изъ 12 судей, въ число которыхъ входили: начальникъ, лейтенанты, фендрихи, вахтмейстеры, капралы и рядовые солдаты. Вслѣдъ за выступленіемъ на міровую арену швейцарцевъ, вслѣдствіе недостатка этихъ прославленныхъ войскъ съ одной стороны и часто невыносимой жадности ихъ къ деньгамъ, правительствамъ различныхъ государствъ Западной Европы пришлось искать новыхъ силъ, могущихъ замѣнить и потерявшихъ всякій кредитъ рыцарей, и искусственно атрофированныя національныя войска. Они еще, правда, кое-гдѣ существуютъ, даже въ 15 столѣтіи, наприм. гусситскія войска Богемскаго королевства при Венцелѣ IV, и тогда по необходимости приходилось вводить въ эти народныя образованія процессы, также построенные на старыхъ обвинительныхъ началахъ. Въ уставѣ для этихъ войскъ, являющемся самымъ старымъ въ Европѣ и относящемся къ 1413 году, при полномъ проведеніи обвинительнаго начала обращено вниманіе на удаленіе для начальника всякой возможности вмѣшиваться въ ходъ дѣла о подчиненныхъ. Этимъ предвосхищается порядокъ, нашедшій мѣсто лишь во второй половинѣ XIX вѣка не для всѣхъ государствъ Европы [1]). Такими войсками и явились такъ называемые ландскнехты, которые, въ недолгое свое существованіе, успѣли стяжать себѣ не меньшую славу, чѣмъ швейцарцы, послужившіе въ своемъ устройствѣ для нихъ образцомъ. Для обезпеченія своихъ притязаній на Бургундію, въ борьбѣ съ Людовикомъ XI, Максимиліанъ I, женатый на дочери Карла Смѣлаго, около 1474 г., первый навербовалъ ландскнехтовъ. Способъ набора состоялъ въ томъ, что военоначальникъ, желавшій собрать войско, посылалъ къ какому нибудь кондотьеру, извѣстному ему какъ хорошій воинъ, патентъ на должность командира полка. Этотъ послѣдній часто вступалъ въ спеціальное соглашеніе, для полученія впослѣдствіи платы въ видѣ натуральнаго пользованія завоеванной мѣстностью, или денежнаго вознагражденія впослѣдствіи изъ контрибуціи, уплачиваемой жителями занятыхъ непріятельскихъ областей. (Таковы были дѣйствіи Георга Фрундсберга, перешедшаго, во имя притязаній Максимиліана, Альпы въ 1526 г.). Первоначально при вербовкахъ принимались только свободные достаточные люди, принадлежащіе преимущественно къ крестьянскимъ общинамъ Швабіи и общинамъ верхняго Рейна, Дуная и другихъ наслѣдственныхъ австрійскихъ земель. Комминъ даже слово ландскнехты объясняетъ этой связью набранныхъ войскъ съ ихъ родиной и пополненіемъ ихъ сельскими жителями, въ противоположность городскимъ, собиравшимся подъ знамена на основаніи леннаго права [2]).

Судебный процессъ этихъ войскъ вначалѣ излагался въ особыхъ Artikelsbrief'ахъ, читаемыхъ, послѣ перваго инспекторскаго смотра, набраннымъ людямъ. Послѣ этого роты полка знакомились, въ числѣ другихъ должностныхъ лицъ штаба, съ полковымъ шультгейсомъ и профосомъ, ведущимъ судную часть полка. Затѣмъ уже по-ротно

---

[1]) Объ этомъ Meynert—Geschichte des Kriegswesens der Heerfefassung in Europa, 1868 г. II, S. 111—112. Кромѣ того для характеристики процесса этой эпохи—Бобровскій, «Военное право въ Россіи при Петрѣ Великомъ», ч. II, стр. 13 и слѣд. 1886 г. Петербургъ.

[2]) Рюстовъ, ч. I, стр. 175, 176 и слѣд. Исторія пѣхоты, Петербургъ, 1876 г.

выбирали особыхъ Gemeinwebel'ей для охраненія правъ ландскнехтовъ и присяжныхъ судей (Gerichtsgeschwornen), засѣдавшихъ подъ предсѣдательствомъ шультгейсовъ, въ случаѣ разбирательства уголовныхъ правонарушеній. Основнымъ принципомъ процесса было сужденіе виновнаго товарищами его роты. При этомъ опять-таки исчерпывающее значеніе въ необходимости широкой постановки обвинительныхъ началъ процессуальнаго права этихъ войскъ имѣла свободная и независимая личность каждаго солдата. Это обстоятельство, по моему мнѣнію, играетъ роль полнаго доказательства истинности тѣхъ положеній, которыя я выставилъ выше—именно, что на характеръ процесса въ странѣ оказываетъ исключительное вліяніе положеніе личности въ государствѣ и подчиненныхъ ему учрежденіяхъ, къ каковымъ принадлежитъ и войско. Глубокій знатокъ вопроса по этому поводу утверждаетъ: „подобно тому какъ Швейцарцы вносили въ роты и полки свои общіе обычаи въ смыслѣ самоуправленія и права, точно также поступали и нѣмецкіе ландскнехты, происходившіе тоже только изъ свободныхъ крестьянскихъ и городскихъ общинъ. О безусловной силѣ приказанія нигдѣ не было и рѣчи, отношенія въ войскахъ существовали только договорныя“ [1]). Въ то же время авторъ указываетъ, что самодѣятельное начало поддержанія дисциплины нисколько не страдало отъ ея сохраненія самими солдатами. Ландскнехты имѣли, такъ называемые, суды „длиннаго копья“, основные принципы которыхъ излагалъ полковникъ передъ собравшимися въ кругъ солдатами, въ слѣдующихъ выраженіяхъ: „каждый совершившій преступленіе долженъ быть наказанъ“, послѣ чего солдаты давали судебную присягу „безъ братства, доброжелательства, родства, безъ ненависти и злобы“ судить по троекратному обсужденію дѣла. Интересно здѣсь это тройное обсужденіе прежде вынесенія приговора. Оно совершенно соотвѣтствуетъ процессуальному обычаю республиканскаго Рима, которымъ такъ гордился Цицеронъ [2]).

Самый ходъ процесса носилъ черты органически проявляющейся во всемъ публичности, устности и состязательности. Въ день суда профосъ выступалъ передъ собравшимся въ кругъ фенлейномъ съ виновнымъ по серединѣ, на площади лагеря, соотвѣтствующей старому лагерному форуму римлянъ. Онъ говорилъ: „добрый день, вы любящіе честь ландскнехты, благородные и не благородные, вы клялись, при выступленіи въ полкъ, наказывать всѣ преступленія, поэтому я и домогаюсь вашего приговора, за который мы должны отвѣчать передъ княземъ и командиромъ“. Тогда по зову профоса выходилъ изъ рядовъ фельдфебель и обращался къ собравшимся съ новой рѣчью: „вы слышали слова профоса, кому они любы подымите руку“. Послѣ этого солдаты рѣшали преюдиціальный вопросъ—можетъ ли быть примѣненъ судъ длиннаго копья. Если рѣшеніе было утвердительное, начинался самый процессъ; проходили свидѣтели передъ кругомъ, при чемъ всѣ ихъ устныя показанія записывались и впослѣдствіе прочитывались актуаріусомъ во всеуслышаніе. По выслушаніи этихъ свидѣтельскихъ показаній, стороны трижды тайно совѣщались внѣ круга, и по возвращеніи въ кругъ говорилась всякій разъ новая рѣчь, за и противъ обвиняемаго. По окончаніи преній выступалъ передъ кругомъ фендрихъ и, обращаясь къ солдатамъ, говорилъ: „честные ландскнехты, мы слышали обвиненіе, поддерживаемое профосомъ, теперь мы должны поставить свой приговоръ въ отвѣтъ на это обвиненіе, и отъ этого приговора зависитъ честь полка“. Тутъ снова фельдфебель вызывалъ любого солдата, который долженъ былъ пригласить изъ круга 40 человѣкъ солдатъ по своему выбору, а они совѣщались и выносили приговоръ. Это повторялось до трехъ разъ. Осужденный, непремѣнно со снятыми оковами, послѣ приговора просилъ милости у собравшихся [3]). По окончаніи

---

[1]) Объ этомъ Рюстовъ, цит. соч., стр. 178.

[2]) Объ этомъ выше.

[3]) Объ этомъ Zenk, S. 76.

суда, профосъ снова обращался къ солдатамъ и благодарилъ ихъ за приговоръ, указывая, что тяжкую роль обвинителя онъ беретъ на себя, во имя чести полка, которая одна заставляетъ его выносить это печальное дѣло. Къ концу 15-го столѣтія ландскнехты теряютъ связь съ родиной, переходятъ въ качествѣ живого товара на рынки честолюбивыхъ абсолютныхъ князьковъ и государей Европы, при чемъ нѣкоторыя земли, напримѣръ Гельдернъ и Швабія, буквально выполняли роль поставщиковъ двуногаго скота на эти политическія бойни. Ландскнехты превратились въ буйную орду, набираемую изъ бродячей сволочи всѣхъ государствъ и націй, безъ вѣры въ дѣло, безъ патріотизма, вытолкнутые изъ общества, изолированные отъ связи съ жизнію, съ идеей, съ системой воспитанія и дѣятельностью націи, среди которой они дѣйствуютъ. Они превращаются въ кровавую банду убійцъ, отправляющихъ культъ, въ которомъ жестокость—религія, истребленіе—добродѣтель, нажива—порядокъ, бунтъ—правило. Вожди подаютъ примѣры.... Въ 1623 году Валенштейнъ писалъ Фердинанду III: „20 тысячъ погибнетъ съ голоду, съ 50-ю тысячами я готовъ выйти въ походъ, ибо съ такимъ числомъ помощниковъ можно налагать контрибуціи во всѣхъ земляхъ [1]).

Варварская жестокость наказаній, вводимыхъ въ войскахъ, идетъ попутно съ всерастущей разнузданностью и безпорядкомъ и въ правовомъ выраженіи является только формулированнымъ послѣдствіемъ данныхъ общественныхъ отношеній. Съ конца XIV-го столѣтія возмутительные грабежи и разбои, совершаемые войсками, обнаруживаютъ лишь крайне бѣдный нравственный уровень общественной среды, послѣ паденія рыцарства и упадка католической церкви. Чудовищной жестокости начальниковъ аккомпанируетъ величайшій произволъ, который смѣняетъ господство былого правового порядка. Въ артикулахъ Максимиліана II-го 1570 г. постоянно встрѣчаются слова: „soll ohne Gnade gestrafft werden". Нѣмецкое законодательство XVI-го вѣка выдвигаетъ въ качествѣ принципа „Erkenntniss des obersten und des rechtens gestrafft" [2]) [3]). Параллельно съ этимъ медленнымъ, но вѣрнымъ вырожденіемъ когда-то славнаго рода войскъ, бокъ о бокъ идетъ измѣненіе процессуальныхъ порядковъ, сначала ограничивающихся внѣшнимъ переустройствомъ состава судовъ и лишь въ концѣ приводящихъ къ полному перевороту. Послѣдніе суды „длиннаго копья" встрѣчаются въ 1547 г. Вырожденіемъ характера процесса служило уже то, что впослѣдствіе этотъ судъ возродился вновь, въ качествѣ совершенно ненормальнаго способа отправленія юстиціи надъ бунтовщиками и шпіонами. Напримѣръ, 27-го октября 1598 года были казнены за бунтъ, послѣ приговора такого суда, лейтенантъ Бальде, фельдфебель и фендрихъ Ронге. Также расправлялся жестокій Валленштейнъ и этимъ же способомъ дѣйствуетъ еще въ концѣ 18-го вѣка Кналль. Но самый характеръ суда, примѣняемаго только къ исключительнымъ, большею частью, позорнымъ преступнымъ дѣяніямъ, дѣлаетъ изъ него скорѣе террористическій актъ находившейся въ опасности командной власти, чѣмъ закономѣрную функцію отправленія справедливости. Это показываетъ, что роль общихъ судовъ ландскнехтовъ окончена и вымирающія формы войсковой жизни не могутъ нести начала судопроизводства, годнаго лишь для организацій предназначенныхъ жить.

Къ половинѣ XV-го вѣка вліяніе римско-каноническаго права зашло уже такъ далеко, что поясненіе нѣкоторыхъ мѣстъ артикуловъ было возможно лишь при посредствѣ спеціалистовъ юридическаго образованія, засѣдавшихъ въ военныхъ судахъ и называвшихся шультгейсами. Когда въ 1532 г. инквизаціонный процессъ церкви былъ признанъ и общимъ правомъ, то непосредственно за этимъ начинается быстрое вымираніе въ

---

[1]) Объ этомъ Пузыревскій—Исторія воен. искусства въ средніе вѣка, 1884 г., ч. II-я, стр. 146 и слѣд. Дангельмайеръ—Истор. военно-уголов. права, 1892 г., стр. 53.

[2]) Объ этомъ Дангельмайеръ—Истор. воен. угол. права, стр. 59.

[3]) Бобровскій—Артикулъ воинск. II, стр. 188, 189, 477, 724.

военномъ судѣ послѣднихъ остатковъ великихъ воспоминаній обвинительнаго суда, существовавшаго въ нихъ когда-то. Первымъ измѣненіемъ судовъ „длиннаго копья“ были такъ называемые суды шультгейсса. Полковой шультгейссъ избиралъ изъ полка 12 человѣкъ, смѣняющихся ежедневно по одному человѣку отъ каждаго фенлейна, и эти лица образовывали временный составъ суда. Ограниченіе этихъ судей значилось въ обязанности ихъ „подчиняться шультгейссу во всемъ, что соотвѣтствуетъ благоразумію“,—это обстоятельство приводило къ полному порабощенію этихъ судовъ юридическимъ вліяніемъ шультгейсса. Процессъ шультгейсса вводилъ еще болѣе важное ограниченіе въ бывшіе суды ландскнехтовъ, устанавливая возможность присутствія товарищей на судѣ не какъ обязательство, отъ котораго нельзя было уклоняться, а какъ факультативное дѣйствіе, исполненіе котораго было далеко не необходимо. Уже въ 1560 году—въ военный процессъ проникаютъ вполнѣ опредѣленныя начала инквизиціонной „Каролины“, а черезъ 100 лѣтъ указомъ Леопольда 1674 года обвинительный процессъ войска замѣняется розыскнымъ.

Это было торжество слѣдственнаго процесса. Личность воина превращалась въ живой матеріалъ, который уже давно служилъ иллюстраціей власти начальника, проявляющейся въ безпредѣльномъ обиліи смертныхъ казней, сопровождавшихъ войска этой эпохи въ мирѣ и на войнѣ. Французская поговорка времени Генриха II-го говорила, что на деревьяхъ меньше листьевъ, чѣмъ повѣшенныхъ солдатъ, Шаманъ и де Билльонъ приводятъ намъ примѣры изумительной жестокости военныхъ ордонансовъ, а вотъ и конечный результатъ этой дѣятельности въ видѣ разсказа очевидца. Авраамъ Гогема въ соч., помѣченномъ 1690 годомъ, описываетъ современнаго ему солдата: „онъ продалъ себя за ничтожныя деньги и долженъ повиноваться барабану; онъ подчиненъ такой власти, отъ которой не смѣетъ уйти, не подвергаясь тѣлесному наказанію, или даже лишенію жизни. Съ порожнимъ карманомъ и одержимый страданіями, въ самомъ бѣдственномъ положеніи, голый и босой, безъ призрѣнія, безъ помощи, покрытый грязью, онъ ночуетъ подъ небомъ, не имѣя ничего, кромѣ хлѣба и воды, покрытый насѣкомыми, а въ добавокъ всего—какой-нибудь лекарь-коновалъ мучаетъ его разными вредными и опасными лекарствами. Скажите, есть ли на свѣтѣ существо несчастнѣе такого солдата“.

Объектъ былъ достоенъ тѣхъ операцій, которыя отнынѣ надъ ними станутъ производить. Аннулированная личность, опозоренный человѣкъ, разбойный воинъ и подсудимый въ инквизиціонномъ судѣ—все это связано вмѣстѣ, какъ пальцы на рукѣ. Главную роль въ этомъ извращеніи юстиціи, конечно, играли шультгейссы, подававшіе «благоразумные совѣты» шеффенамъ. Воспитанные на каноническомъ правѣ, они какъ коршуны отрывали куски мяса съ еще живого тѣла стараго германскаго процесса. Какое громадное значеніе имѣлъ шультгейссъ въ этихъ судахъ—видно хотя бы изъ того, что ни одинъ судья не могъ оставить засѣданія безъ его разрѣшенія, подъ угрозой штрафа въ 1 гульденъ. Этому же штрафу подлежали «тѣ, кто шультгейссу противорѣчатъ, и тѣ, кто ихъ въ этомъ поддерживаетъ». Уничтоженіе обвинительныхъ началъ при шультгейссахъ зашло уже такъ далеко, что свидѣтельскія показанія, бывшія по справедливости главнымъ доказательствомъ прежняго процесса, дозволялось замѣнять письменными протоколами, откуда уже одинъ шагъ до полнаго устраненія всякихъ устныхъ показаній. Въ этотъ промежутокъ процессъ совершается уже нѣсколько отлично въ самомъ порядкѣ производства. Судъ открывался въ 8 ч. утра, при чемъ шультгейссъ объявлялъ собравшимся слушателямъ, что ни малѣйшее нарушеніе тишины не допускается; даже стукъ оружіемъ или шорохъ одежды влекли штрафъ въ 1 гульденъ. Въ первый день судъ собирался и свидѣтельскими показаніями виновный доказывалъ свою невинность. Послѣ этого шультгейссъ, судья и профосъ излагали свое мнѣніе о возможности обвиняемому защищаться противъ обвиненій. Послѣ всегда удовлетворительнаго отвѣта слѣдовало судебное слѣдствіе, гдѣ выслушивались показанія свидѣтелей, съ ними сличался прото-

колъ прежнихъ показаній, а обвиняемый снова могъ на эти показанія возражать. Наконецъ, на третій день начинались пренія сторонъ, при чемъ вводится дотолѣ несуществовавшій, унизительный для обвиняемаго обычай—на колѣняхъ вымаливать у суда пощаду. Пренія сторонъ въ этотъ промежутокъ процесса носили все еще состязательный и устный характеръ. Но шультгейссъ уже и здѣсь могъ оказывать большое вліяніе на прекращеніе преній, послѣ чего судьи выходили изъ круга, совѣщались и постановляли приговоръ. Послѣдній записывался актуаріусомъ и оглашался всѣмъ собравшимся [1]). Я говорилъ уже, во что превратились ландскнехты черезъ 200 лѣтъ послѣ возникновенія, къ 17-му столѣтію, во всѣхъ арміяхъ Западной Европы. Это была эпоха разнузданности, грубости нравовъ, кондотьери и завоевателей, ремесленниковъ и извратителей военнаго дѣла, когда, по свидѣтельству Бурдэна, дисциплина стала синонимомъ «кнута, палки и тюрьмы». Макіавелли тщетно требовалъ измѣненія системы и между прочимъ настаивалъ на поднятіи достоинства личности солдата во что бы то ни стало [2]). Наконецъ, явился геніальный человѣкъ, съ необычайнымъ успѣхомъ воспользовавшійся идеями мыслителя, улучшившій ихъ, доказавшій непререкаемымъ образомъ ихъ политическую логику и нравственную правдивость. Этимъ благороднымъ новаторомъ былъ Густавъ Адольфъ. Военное ремесло возвысилось на степень искусства, военная служба называлась: «благороднѣйшимъ дѣломъ гражданина», солдатъ и полководецъ уравниваются въ идеѣ служенія цѣлямъ Провидѣнія, личность солдата поднимается на недостижимую высоту, дисциплина является орудіемъ законности, судъ—опорой дисциплины. «Ensem gladios sceptrum ipsa gubernat» стояло вокругъ рукоятки его шпаги,—это былъ девизъ, съ которымъ онъ вступилъ въ борьбу съ старымъ порядкомъ, выдвинувъ какъ средство идею долга, опирающагося на постулатъ необходимости самоотреченія. Принципы новаго права дѣлаются опредѣленнымъ факторомъ дѣятельности войска. Современники правильно поняли роль, которую сыграли идеи Густава Адольфа въ войскахъ Европы, и Флемингъ имѣлъ право восклицать «въ учрежденіяхъ и законахъ короля сильно указанъ діагнозъ недуговъ войска и указаны радикальныя средства ихъ излеченія». Такимъ радикальнымъ средствомъ, между прочимъ, является и судъ. Подъ вліяніемъ новыхъ историческихъ фактовъ, подъ солнцемъ другихъ идей рождаются иныя органическія формы суда, которыми шведскій король фактически возвращалъ въ войска забытыя начала обвинительнаго процесса. Въ него входили части стараго права ландскнехтовъ, отдѣлы процесса рейтерскихъ судовъ и наличность самостоятельной, творческой дѣятельности. Суды дѣлились на высшіе и низшіе. Низшіе суды были при полкахъ. Въ составъ названнаго суда входили—оберъ лейтенантъ, президентъ, 2 капитана, 2 лейтенанта, 2 фендриха, 2 сержанта, 2 фурьера, 2 ассесора какъ руководители. § 36 его кодекса, который былъ весь написанъ рукой короля, прямо устанавливаетъ состязательное начало, ст. 127 вводитъ обязательную публичность производства—«подъ открытымъ небомъ [3]). Къ эпохѣ 1632 г., когда появился новый судебный уставъ для шведскаго войска, многое въ немъ измѣни-

---

[1]) Объ этомъ Zenk, S. 83. и Friccius — Geschichte des Deutschen insbesondere des Preussischen Kriegs Recht, 1848, S. 46—49, 57 и слѣд.

[2]) Объ этомъ «Del arte della guerra», Paris, 1837, t. I, p. 301 et 314.

[3]) Ст. 142 говоритъ: «wenn das Obergericht abgehalten werden soll, da soll es im Lager zvei Stunden im voraus ausgeblasen und angekündigt werden. Ist die Sache kriminal und geht Leib, Glied oder Ehre an da soll es unter freiem Himmel abgehalten werden ist die Sache civil, im Zelte oder sonstvo. Wenn die Gerichtsverhandlung unter freiem Himmel geschiecht, da sollen die Kriegsleute um den Platz wo die Stüle gestellt sind sich versammeln und einen Kreis darum zihen—Darnach soll der General profoss seine Anklage beginnen und dann mit Klagen und Antworten den Gegenpartei prozediert werden bis dass die Richter genugsam unterrichtet sind und die Sentenz gefällt werden kann».

Ст. 144 Wenn die Richter über die Sentenz einig geworden sind, da soll sie von dem Secretär konzipietr und öffentlich so dass alle Umstehendenes hören, verlesen werden».

лось. Примѣръ и союзничество съ отвратительными бандами германскихъ войскъ, нравственныя черты которыхъ я охарактеризовалъ выше, развратили шведское войско. Энтузіазмъ пропалъ, солдаты, которые раньше отличались такой же честностью, какъ прославленные легіоны Скавуруса, въ эпоху республиканскаго Рима, грабятъ, насилуютъ и убиваютъ мирныхъ жителей. Неймаркъ, Бранденбургъ и другія мѣста достаточно показали наступившую разнузданность шведовъ, и кодексъ 1632 года, въ области процесса, далеко отстаетъ отъ своего знаменитаго предшественника.

Публичность, бывшая обязательной въ первомъ уставѣ, отмѣняется, вносятся существенныя измѣненія въ порядкѣ постановленія приговора и проч. доказываетъ, что положеніе личности въ войскѣ существенно перемѣнилось. Чувствительный барометръ права немедленно реагируетъ на измѣненіе давленія нравственной атмосферы и появляются позорныя 77, 88, 89, 80—86 статьи новаго устава. Вліяніе кодекса Густава Адольфа во время 30-ти-лѣтней войны, бывшаго очень извѣстнымъ войскамъ, дѣйствующимъ съ нимъ въ союзѣ, распространилось на всю Европу. Таковы, напримѣръ, артикулы Датскаго короля Христіана IV 1672, 1682 и 1683 годовъ, Прусскій военный артикулъ 1713 года и другіе [1]).

Но инквизиціонныя начала общаго процесса, безраздѣльно въ немъ господствующаго наложили въ это время неизгладимую печать произвола на весь войсковой судъ. Въ 17-мъ и половинѣ 18-го вѣка весь процессъ зависитъ отъ личности аудитора, смѣнившаго и усилившаго вліяніе шультгейсса. Онъ—обвинитель и защитникъ одновременно, безотвѣтственно распоряжающійся ходомъ всего дѣла. Впервые съ особой силой выдвигается принципъ подсудности, исходящей отъ командной власти. Всѣ приговоры должны быть утверждены начальникомъ и это, по выраженію Фрицціуса, «дѣлаетъ судъ средствомъ военнаго абсолютизма [2])». При арміи учреждается должность руморме́йстера, профоса, Stekenckneeht'a Scharfrichter'a. Профосы выполняютъ очень странну юроль публичнаго обвинителя и лагернаго полицмейстера, заботящагося о лагерной чистотѣ, своевременномъ тушеніи огней въ палаткахъ и проч. Руморме́йстеръ осуществляетъ функціи профоса на походѣ, передавая арестованныхъ преступниковъ генералу «гевальтигеру».

Самый процессъ суда состоялъ въ предложеніи указанныхъ ст. 88 вопросовъ свидѣтелямъ, которые должны были выяснить истинную обстановку дѣла, если рѣчь шла о наиболѣе частомъ воинскомъ преступленіи—бѣгствѣ съ поля сраженія. Преслѣдованіе исходило отъ начальника, предварительный допросъ производилъ подсудимому аудиторъ и два офицера въ качествѣ асессоровъ [3]). По окончаніи слѣдствія обвиняемый писалъ защитительную записку. Во время суда аудиторъ предоставлялъ ему отвести судей, послѣ чего послѣдніе принимали присягу и аудиторъ предоставлялъ подсудимому право доказывать свою невинность. Голоса судей отбирались по званіямъ, а приговоръ подписывался только презусомъ и аудиторомъ. Приговоръ обязательно шелъ на утвержденіе начальника или короля, при чемъ лишь въ отношеніи нѣкоторыхъ преступленій суду дозволялось приводить его въ исполненіе немедленно. Это было кореннымъ нарушеніемъ началъ хотя бы шведскаго артикула 1683 года, который даже въ своемъ испорченномъ видѣ все же оставался совершеннѣйшимъ воинскимъ уставомъ Европы и прямо указывалъ, «чтобы никакія просьбы объ облегченіи наказанія осужденному, помимо суда, не были бы допущены» [4]).

Въ Пруссіи, великій курфюрстъ ввелъ артикулъ шведскій съ нѣкоторыми измѣненіями и артикулю эти были распространены позднѣе среди всѣхъ протестантскихъ

---

[1]) Краусъ, стр. 36 и 37.

[2]) Фрицціусъ приводитъ достаточныя доказательства негодности этого суда, см. стр. 204—206.

[3]) Фрицціусъ Geschichte 151—154, рисующія права аудитора и положеніе обвиняемаго.

[4]) Краусъ, стр. 45.

государствъ. Фридрихъ I ввелъ въ 1712 году артикулъ, къ которому присоединилъ наказъ аудиторамъ. Процессъ по этимъ артикуламъ былъ насквозь инквизиціоннымъ, съ примѣненіемъ пытки [1]). Суды дѣлились на военные, штандъ и исключительные суды. Смертный приговоръ долженъ былъ итти на утвержденіе короля. Фридрихъ II, не измѣняя сущности процесса, указомъ 6-го августа 1744 года и 21-го іюня 1749 г. только расширяетъ вліяніе начальника на производство судовъ и предоставляетъ ему полную власть въ утвержденіи приговора. Вильгельмъ II-й дѣлаетъ попытку хотя нѣсколько парализовать произволъ начальниковъ указомъ 1787 г., требующимъ отъ судовъ основывать свои приговоры исключительно на законѣ. Остальной путь реформаціоннаго движенія, начиная съ Іены, приведенъ выше.

Глава VII.

Во Франціи старый военный процессъ конечно не могъ быть инымъ, чѣмъ общій процессъ германцевъ, ибо первоначальное вліяніе франковъ было совершенно одинаковымъ, дѣйствовало ли оно по ту или по сю сторону Рейна. До XIII вѣка мы даже видимъ тамъ полное тождество процесса съ германскимъ феодальнымъ, за нѣкоторыми чисто мѣстными исключеніями. Централизація власти ведетъ только къ установленію апелляціи (объ этомъ выше). Къ концу 16, вѣка по словамъ извѣстнаго легиста Шамана, подъ вліяніемъ политическихъ связей съ Испаніей возникаетъ коренное измѣненіе этихъ началъ по типу инквизиціоннаго процесса. Гораздо ранѣе чѣмъ въ Германіи мы находимъ въ вотчинныхъ и королевскихъ судахъ публичныхъ обвинителей. Рядомъ съ ними, долгое врямя существовало еще и частное обвиненіе, и вслѣдствіе этого во Франціи никогда не имѣло мѣста одно изъ самыхъ ужасныхъ послѣдствій инквизиціоннаго процесса совмѣщавшаго дѣятельность обвинителя и судьи [2]). Судья возбуждалъ преслѣдованіе лишь въ случаѣ отказа прокурора по правилу toute juje est officier du ministére public. Прокуроръ, впрочемъ, и тутъ могъ давать свои заключенія, не обязательныя для суда.

Вліянія инквизиціонныхъ началъ сказывались съ такимъ же успѣхомъ на французскомъ судопроизводствѣ, какъ и вообще на всемъ западно-европейскомъ судѣ, и результатъ розыскного процесса и тамъ приводитъ къ указаннымъ выше слѣдствіямъ. Судопроизводство дѣлилось на тѣ же три стадіи процесса. Первая — дознаніе (information) соотвѣтствовало общему розыску у нѣмцевъ, затѣмъ слѣдовалъ декретъ судьи, постановлявшаго о производствѣ слѣдствія противъ даннаго лица, затѣмъ формальный допросъ свидѣтелей. Также слѣдовала присяга подсудимаго относительно правильности показаній такое же отсутствіе защиты противъ могущества обвиненія. Тамъ было освобожденіе отъ истанцій (plus amplement informé), пытка, чрезвычайныя наказанія, теорія законныхъ доказательствъ, словомъ всѣ общія начала инквизиціоннаго процесса, установленныя выше [3]). Возможна была апелляція парламенту и кассаціонныя жалобы, при чемъ послѣдствія этихъ способовъ обжалованія указаны выше. Учредительное собраніе, измѣнившее этотъ порядокъ соотвѣтственно новому отношенію государства къ личности,

---

[1]) Однако, пытка примѣнялась къ военнымъ преступленіямъ лишь въ исключительныхъ случаяхъ, въ общихъ же—какъ правило. Объ этомъ Фрицціусъ, стр. 161—162, цит. соч.

[2]) Глязеръ, стр. 129.

[3]) Глязеръ, стр. 129.

ввело діаметрально противоположныя начала процесса, заимствованныя отъ англійскаго суда.

Суды дѣлились сообразно трехчленному дѣленію французскаго уголовнаго кодекса, причемъ производство распадается на три части: 1) дознаніе, 2) производство, соотвѣтствующее позднѣйшей стадіи преданія суду и предварительному слѣдствію и 3) самое производство суда. Отличительной особенностью и недостаткомъ чисто французскаго типа было публичное обвиненіе, распредѣляемое между постоянными коммисіями и выборными публичными обвинителями, выборность судей на короткіе сроки, узкая компетенція судовъ и т. д. На смѣну этому законодательству пришелъ Наполеоновскій уставъ 1808 г. Здѣсь уже упорядоченъ вопросъ о возбужденіи уголовнаго преслѣдованія. Предоставлено право суду продолжать возникшее обвиненіе, хотя бы и помимо обвинительной власти, введено устройство особаго института судебной полиціи, поставленной подъ контроль суда, кассаціонные суды и проч. [1]). Въ періодъ феодальный юстиція находится какъ бы въ вѣчномъ колебаніи и непрестанной борьбѣ, въ которой, дѣлясь на множественные лагери, воюющіе между собой, процессъ проходитъ долгіе періоды среднихъ вѣковъ. Таковы были въ ихъ принципіальной дѣятельности—свѣтская и церковная юрисдикція и въ ихъ формальной градаціи юрисдикціи короля, муниципій и синьеровъ [2]).

Сеньеріальная юстиція дѣлится въ свою очередь на высшую и на низшую, такъ называемую justitia sanguinis, sanguis въ Нормандіи, justitia ensis, minor, bassa justitia въ позднѣйшій періодъ, такъ называемая meddia justitia въ качествѣ промежуточной инстанціи. Первоначальное право судебной власти принадлежало синьору, причемъ французскіе короли, дѣйствуя въ качествѣ сюзереновъ, впослѣдствіи уполномочиваютъ baillis на сѣверѣ, сенешала на югѣ Франціи. Кромѣ того верховное судебное учрежденіе, дѣйствовавшее отъ лица короля парламенты, подраздѣляются на палату короля и палату пэровъ. Провинціальные парламенты, какъ соподчиненные члены высшей юстиціи, появляются въ странѣ не ранѣе какъ съ XIV в., причемъ процессъ ихъ образованія закончился не ранѣе чѣмъ къ XVIII столѣтію.

Ходъ юридической жизни Франція характеризуется, какъ указано выше, непрерывнымъ расширеніемъ королевской судебной власти за счетъ сеньеріальной юрисдикціи, что совершилось черезъ такъ назыв. cas. royaux. Къ началу XV вѣка, по словамъ Bomanoir'a, легисты считаютъ уже столь много такихъ случаевъ, что ихъ голое перечисленіе занимаетъ 12 громадныхъ листовъ. Пользуясь принципами римскаго права, легисты непрерывно вліютъ на расширеніе королевской судебной власти, устанавливая доктрину, что первоначальнымъ носителемъ судебной власти является одинъ король, который делегируетъ ее вассаламъ. Дальнѣйшимъ способомъ установленія единаго суда служила апелляція, которая дѣлилась на l'appel pour defaut de droit, въ которой жаловались на отказъ въ правосудіи, и l'appel de faux jugement, соотвѣтствовавшей современному поводу кассаціи на судъ перовъ [3]).

Съ другой стороны наблюдается энергичное стремленіе объединить подсудность всего государства и настойчивыя атаки на церковные суды, которыя увѣнчались вожделѣннымъ успѣхомъ, и уже въ XVI вѣкѣ наиболѣе важныя преступныя дѣянія клира судились королевскими судами, а листъ церковныхъ «привилегій» все больше и больше сокращался [4]). На установленіе публичнаго начала преслѣдованія въ XII сто-

---

[1]) Garraud—Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procedure pénale, t. I, p. 28—32, 33. 1907. Paris.

[2]) Объ этомъ Viollet—Histoire des institutions, politiques et administratives de la France. 1840, t. I, p. 307—312 et t. II, p. 453 и слѣд.

[3]) Garraud, p. 44.

[4]) Esmein, p. 40 et 50.

лѣтіи оказало громадное вліяніе понятіе flagrant delit, къ которому въ Нормандіи относились впослѣдствіи такъ называемыя «haro». Въ случаѣ какого-либо неминуемаго несчастія, вродѣ пожара, нападенія вооруженныхъ лицъ и проч., терпящій бѣдствіе могъ кричать «haro», что вызывало немедленное вниманіе власти, предпринимающей всѣ дальнѣйшіе шаги по преслѣдованію отъ себя [1]). Позднѣе этотъ обычай даетъ основаніе появленія въ качествѣ публичныхъ обвинителей «людей короля», о которыхъ впервые говорится въ ордонансѣ 25 марта 1303 года и которые окончательно организуются ордонансомъ ноября 1555 года. Громадную роль играла здѣсь еще и склонность фиска къ всепоглощенію, и короли не считали нужнымъ даже этого скрывать. Въ ордонансѣ 1540 года прямо говорится, что прокуроры должны преслѣдовать даже нарушеніе частныхъ интересовъ, чтобы ne soyons privé de ce que nous doit éstre acquis par le moyen desdits delits [2]).

Въ то же самое время инквизиціонные трибуналы дѣйствуютъ особенно единообразно съ 1254 года, несмотря на энергичное сопротивленіе мѣстныхъ судебныхъ порядковъ и жителей напр. въ д'Артуа и вообще на сѣверѣ, функціонируя при помощи королевскихъ легистовъ. Они мало-по-малу захватили господствующее положеніе въ практикѣ судовъ и королевская власть только закрѣпила уже внѣдрившійся фактъ ордонансомъ марта 1498 г. и ордонансомъ августа 1535 года въ Вилле Коттере, введшимъ въ суды инквизиціонный процессъ со всѣми его характерными особенностями. Дѣло это было закончено совершенно Людовикомъ XIV, ордонансомъ августа 1670 года. Этотъ законъ содержалъ очень крупное дѣленіе на процессы обыкновенный и исключительный, причемъ только послѣдній былъ тайнымъ, допуская пытку и отсутствіе свободы защиты, иными словами чисто инквизиціоннаго характера.

Къ началу XVIII столѣтія однако подъ вліяніемъ идей философско-политическаго характера, пропаганды просвѣщенныхъ легистовъ, вродѣ Талона, ученія государственниковъ—вродѣ Монтескьё, насмѣшки и горячаго протеста борцовъ типа Вольтера, глубокихъ доказательствъ и остроумныхъ сказочекъ—курсъ идей юстиціи оффиціальной кореннымъ образомъ измѣнился. Французская академія оффиціально ставитъ на конкурсъ проектъ грядущей уголовной реформы и король указомъ 4 августа 1780 года уничтожаетъ пытку, какъ способъ доказательства [3]). Любопытно, что въ этой системѣ агитаціи опять-таки центральную роль заняло положеніе личности. Взоры всѣхъ обращались на Англію и Вольтеръ—вождь вѣка,—восклицаетъ: «En France le code criminelle parait dirige pour la perte de citoyens; en Angletérre pour leur sauvegarde»; 58 судебныхъ округовъ требовали въ своихъ cachiér установленія устности по англійскому образцу и предлагали параллельное существованіе судей факта и права, какъ это было въ англійскомъ образцѣ [4]).

Наконецъ, появился декретъ отъ 1 мая 1788 г., въ которомъ само правительство намѣтило путь реформъ. Основныя черты его сводились къ слѣдующему: по ст. 3 приговоры мотивируются, ст. 8 уничтожаетъ «предварительный допросъ», смертный приговоръ можетъ быть произнесенъ не иначе, какъ большинствомъ 3 голосовъ (art. № 4). Наконецъ, ст. 7 допускала возстановленіе гражданской чести [5]). Это обстоятельство показываетъ, насколько почва реформы была расчищена и ея необходимость всѣми

---

[1]) Объ этомъ Эсменъ, стр. 49, 50, 56 и слѣд.

[2]) Lebon—Des principaux magistrats du parquet aux parlament, 1875. Paris. Ortolan et Ledeau—Le ministère public en France, 1831. vol., t. I, p. XXXI.

[3]) Особенно замѣчателенъ былъ мемуаръ Дюпатю, произведшій сенсацію. Объ этомъ—Эсменъ, стр. 393—396 и, кромѣ того, стр. 387 и 388.

[4]) Garraud, p. 67.

[5]) Объ этомъ Эсменъ, стр. 399, 400, 401, 402.

сознавалась. Конечно, движеніе юридической мысли протекало бокъ-о-бокъ съ возрожденнымъ вліяніемъ естественнаго права и обозначающимся грядущимъ значеніемъ личности. «Человѣкъ есть и ничто человѣческое мнѣ не чуждо»,—являлось какъ бы девизомъ эпохи, опредѣляющимъ настойчивую дѣятельность народныхъ собраній по введенію началъ новаго правового строя.

Съ внѣшней стороны это выражалось рядомъ законовъ, упорядочивающихъ уголовную жизнь страны. Таковы были временные законы 9 октября 1789 г., законъ 19 и 22 іюля, 29 сентября 1791 г. и 6 октября 1791 г. и нѣкоторые менѣе значительные. Система этого законодательства въ общемъ сводилась къ передачѣ предварительнаго слѣдствія въ руки зависимыхъ судей, въ смѣшеніи въ стадіи предварительнаго слѣдствія обвинительныхъ и защитительныхъ функцій и, наконецъ, въ веденіи уголовно-частной системы преслѣдованія нѣкоторыхъ преступленій, стоящихъ внѣ зоны органовъ прокуратуры. Основные принципы закона 1791 года, особенно изложенные въ главахъ VI, VII и VIII, вошли впослѣдствіи содержаніемъ и въ кодексъ 1808 г., а оттуда передались въ современный французскій процессъ. Глава VII ч. II, статья 5, говоритъ: «свидѣтели должны давать свои показанія устно (живымъ голосомъ). Судьи получаютъ для просмотра только обвинительный актъ и протоколы, если они имѣются. Процедура была строго публична, законъ ставилъ отправленіе правосудія подъ контроль народа. Вся душа реформы видна изъ формулы присяги, даваемой присяжными. «Вы клянетесь рѣшить дѣло по выслушаніи обвиненія и защиты, слѣдуя вашему внутреннему убѣжденію и вашей совѣсти съ безпристрастіемъ и твердостью, присущей свободному человѣку». Для устраненія опасности смѣшенія факта и права въ постановкѣ вопросовъ необходимо было точно установить — былъ ли фактъ совершенъ, виновенъ ли обвиняемый въ его учиненіи, учиненъ ли онъ съ намѣреніемъ [1]). По закону 16-го сентября 1791 г., одно и то же дѣло, рѣшенное судомъ, не могло возникнуть вновь по тѣмъ же самымъ поводамъ. Апелляція на приговоры присяжныхъ не допускалась, но, въ случаѣ увѣренности правительственныхъ судей въ ошибкѣ присяжныхъ, къ коллегіи 12 судей придавали 3-хъ судей для созданія въ приговорѣ абсолютной устойчивости.

Крупнѣйшимъ недостаткомъ этого кодекса было смѣшеніе въ предварительномъ слѣдствіи совершенно разныхъ авторитетовъ. На этой стадіи: производство дознанія велось полицейскими офицерами, факультативный допросъ свидѣтелей директоромъ жюри, допросъ обвиняемаго президентомъ уголовнаго суда. Все это вводило чрезвычайную путаницу въ положеніе обвиняемаго въ этой стадіи процесса и, по словамъ французскихъ криминалистовъ, фактически упраздняло эту стадію уголовнаго суда. Отъ прокурора была отнята всякая возможность вліять на ходъ предварительнаго слѣдствія и на возбужденіе преслѣдованія, которое производилось полицейскими офицерами и жандармами и лишь обвиненіе въ узкомъ смыслѣ поддерживалось особымъ публичнымъ выборнымъ обвинителемъ. Затѣмъ слѣдовалъ законъ 3-го брюмера IV-го года, который дѣйствовалъ столь непродолжительно, что не могъ оказать никакого существеннаго вліянія на развитіе французскаго процесса, тѣмъ болѣе, что былъ совершенно и не оригиналенъ, заимствуя свои положенія изъ законодательствъ конституанты [2]).

Наконецъ, 7 Жерминаля IX-го года республики, была образована новая коммисія для составленія процесса, въ которую вошли: Вьеилльярдъ, Тарже, Ударръ, Трейльяръ и Блондель. Коммисія сохранила въ проектѣ публичность, состязательность и устность, бывшія въ кодексѣ 1791 года, нашедшаго себѣ пламеннаго защитника въ лицѣ Ударда, опредѣлившаго его, «какъ наиболѣе прекрасный продуктъ 18-го вѣка». Эта коммисія создала проектъ закона, въ который входили уголовный кодексъ обвинительный и поли-

---

[1]) Grraud, p. 75.

[2]) Интересна попытка ввести исключительные суды для гражданъ—объ этомъ Эсменъ, стр. 473—475.

цейскій, состоящій изъ 1169-ти статей. Проектъ состоялъ изъ двухъ частей, одна изъ которыхъ посвящена законамъ матеріальнымъ, другая—формальнымъ. Судъ кассаціонный, судъ апелляціонный и судъ уголовный обсуждали работы коммисіи и ихъ оцѣнка была представлена въ законодательный отдѣлъ государственнаго совѣта съ мнѣніями Биго, Премено Берльера, Галли, Реаля, Симона и Трейлляра. Законодательный корпусъ требовалъ возвращенія къ старому процессуальному порядку и, встрѣтивъ сильныя возраженія въ этомъ направленіи, желалъ обезпечить по крайней мѣрѣ за предварительнымъ слѣдствіемъ старый инквизиціонный порядокъ производства [1]).

Коммисія государственнаго совѣта выдѣлила 14 вопросовъ, изъ которыхъ 8, касающихся основныхъ принциповъ судопроизводства, были слѣдующими: 1) долженъ ли быть сохраненъ институтъ жюри, 2) будетъ ли жюри обвинительнымъ или судебнымъ, 3) какимъ классомъ будетъ пополняться жюри, 4) какъ будутъ организованы отводы, 5) производство будетъ ли устнымъ, или частью устнымъ и частью письменнымъ, 6) ограничиться ли однимъ вопросомъ виновности или нѣсколькими, какъ было въ кодексѣ 1791 года, 7) отвѣтъ присяжныхъ будетъ ли единогласнымъ, или построеннымъ по принципу большинства голосовъ, 8) ассизы будутъ ли въ одномъ или нѣсколькихъ трибуналахъ департамента. Здѣсь видно, какъ спутаны вообще вопросы объ основныхъ началахъ. Коммисія вышеупомянутая, напримѣръ, почти цѣликомъ свела ихъ къ институту жюри, да и въ томъ нѣкоторые вопросы, напримѣръ послѣдній, чисто организаціоннаго характера, возвела въ санъ основныхъ безъ дальнихъ основаній.

Какъ бы то ни было, но проектъ не былъ законченъ обсужденіемъ вслѣдствіе неодолимаго упрямства Наполеона и проектъ 29-го февраля XIII года былъ поставленъ на обсужденіе не ранѣе 8 января 1808 года. Была образована новая коммисія, въ составъ которой вошли—Трейлярдъ, Альбюссонъ, Берлье, Форъ, Реаль, Мерленъ и Мюреръ. Коммисія раздѣлила бывшій единый кодексъ на матеріальный и формальный, и процессуальное законодательство получило законную санкцію 16-го декабря 1808 года. Однако, вслѣдствіе отсутствія уголовнаго кодекса, пришлось ждать и его обсужденія и лишь 1-го января 1811 года оба кодекса получили фактическое право вступленія въ жизнь.

Что касается французскаго военнаго процесса, то военный судъ въ началѣ исторіи совпадаетъ съ народнымъ процессомъ. Въ первую эпоху среднихъ вѣковъ онъ поглощается рыцарскими судами и судами пэровъ и лишь съ эпохи введенія наемныхъ и постоянныхъ войскъ мы находимъ образованіе постояннаго военнаго процесса. На этой стадіи онъ, конечно, совпадаетъ въ своемъ матеріальномъ содержаніи съ началами военныхъ товарищескихъ судовъ сосѣдей, уже изложенными нами. Будучи непрерывно пополняемъ правомъ швейцарцевъ и ландскнехтовъ, являющихся постоянными спутниками развитія французской монархіи, неоднократно прибѣгающей къ ихъ услугамъ въ процессѣ внутренняго укрѣпленія власти и порядкѣ внѣшнихъ международныхъ отношеній, онъ проникается тѣми же началами, какія въ эту эпоху господствуютъ у послѣднихъ.

Поэтому мы тамъ находимъ тѣ же: гласность, устность и состязательность и лишь въ концѣ 15-го столѣтія встрѣчаемъ въ военномъ процессѣ начала инквизиціоннаго судопроизводства, источникъ котораго былъ общій для всего государства — сосѣдняя Испанія, обреченная на смерть мрачнымъ полуцерковнымъ деспотизмомъ «защитниковъ вѣры», Фердинанда, Карла V-го и Филиппа II. Она заражала своимъ смертнымъ недугомъ сосѣднія страны, которымъ еще не грозила нравственная и политическая смерть и какія вслѣдствіе большей умственной устойчивости только медленно и частями воспринимали къ себѣ испанскія учрежденія и нравы.

Такъ, во Франціи понадобился цѣлый рядъ царствованій, Франциска I, Генриховъ II и III, Карла IV и Генриха IV, чтобы медленно, частями просочить инквизиціонныя

---

[1]) Объ этомъ Эсменъ, стр. 485—500.

начала въ судебную жизнь французскаго войска. Только Людовику XIV, надѣвшему вериги инквизиціоннаго производства на мощный торсъ французской процессуальной юстиціи, принадлежитъ печальная заслуга окончательнаго введенія во французскую армію розыскного производства. И однако, даже при немъ, подсудность военному суду распространялась лишь на чисто воинскія преступленія, передавая общегражданскія правонарушенія солдатъ общегражданскимъ трибуналамъ. Мы знаемъ даже, что существовали законы, обезпечивавшіе жителямъ, потерпѣвшимъ отъ постоя солдатъ, право бить въ набатъ, собираться массами и, догоняя выступившую въ походъ часть, брать изъ нея виновныхъ, для сужденія судами пострадавшей мѣстности [1]). Предсѣдатель суда не имѣлъ никакого исключительнаго вліянія на ходъ суда и его дѣятельность сводилась къ молчаливому присутствію при внѣшнихъ функціяхъ судопроизводства.

Французское военное формальное право дѣлилось на тѣ же два рѣзко выраженныхъ типа—обычной и исключительной подсудности, при чемъ первая отличалась до самаго конца, т. е. великой революціи, началами устности, гласности и состязательности и лишь въ послѣдней господствовала римско-каноническая процедура [2]). Въ первые годы существованія государственныхъ военныхъ судовъ надъ ними выдвигается юрисдикція «великаго сенешаля», за которой въ позднѣйшую эпоху слѣдуетъ юрисдикція коннетаблей, маршаловъ и коллегіальныхъ военныхъ судовъ.

Первоначальное возникновеніе «connetablie» относится не ранѣе царствованія короля Іоанна, установившаго его ордонансомъ 1378 г. Коннетаблія состоитъ изъ судей, въ составъ которыхъ входили—главный лейтенантъ, лейтенантъ, королевскій прокуроръ и актуаріусъ. Ордонансомъ 1566 года къ составу коннетаблій были присоединены парламентскіе адвокаты и, наконецъ, особый «великій судья», юрисдикція котораго распространялась на лицъ къ арміи принадлежащихъ, при чемъ, подобно руморме́йстеру, онъ несъ и административныя обязанности наблюденія за санитарнымъ состояніемъ лагеря и съѣстныхъ припасовъ. Коннетабль имѣлъ безпредѣльную судебную власть надъ подчиненными ему войсками.

Что касается судебныхъ правъ прочихъ начальниковъ, то они были организованы постепенно Францискомъ I-мъ, 24-го іюля 1534 г., 1-го іюля 1575 г. и 1-го іюня 1788 г. Уже изъ этого медленнаго распредѣленія судебныхъ правъ между начальниками можно убѣдиться въ абсолютной чуждости французскому праву полноты делегаціи военной власти, отъ верховнаго главы арміи, подчиненной ему командной власти. Одновременно почти съ коннетабліями изъ дворцовыхъ судовъ возникли суды маршаловъ, организованные ордонансами 1564 и 1566 годовъ. Маршальскій судья имѣлъ въ своемъ распоряженіи нѣсколько лучниковъ и первоначально распространялъ свою юрискдикцію на солдатъ, совершавшихъ преступныя дѣянія въ мѣстахъ пребыванія короля. Впослѣдствіи компетенція ихъ, будучи исключительно военной, очень расширяется, при чемъ ордонансъ 1670 года отдаетъ въ ихъ подсудность всѣ случаи «Cas prevôtaux», подъ которую подходятъ преступленія, нуждающіяся въ быстрой репрессіи и неподлежащія апелляціонному порядку производства. Вслѣдствіе большой неопредѣленности ихъ компетенціи, между ними и коннетебліями возникали частыя недоразумѣнія въ разграниченіи вліяній.

Кромѣ того ордонансомъ 1679 г. были учреждены также суды чести, обязанные разбирать ссоры между офицерами, въ которые входили въ качествѣ судей губернаторы и лейтенанты провинцій, гдѣ они существовали. На эти суды допускалась апелляція

---

[1]) Объ этомъ Бобровскій, ч. II-я, стр. 515, 566 и слѣд., изд. 1886 г., ч. 1-я, стр. 219, изд. 1882 г.

[2]) Вейсль въ Neue qesetz entv. указываетъ съ особенной рѣшимостью на тотъ фактъ, что всемірная слава французскихъ войскъ покоится на дисциплинѣ, поддержаніемъ которой служили какъ разъ наиболѣе рѣзко выраженныя въ революціонныхъ войскахъ обвинительныя начала.

въ маршальскіе суды, бывшіе одновременно и высшею инстанціею для разбора наиболѣе значительныхъ дѣлъ этого рода.

Коллегіальные военные суды были учреждены ордонансомъ 1655 года. Командующій арміей, въ провинціи намѣстники и ихъ лейтенанты, и вообще командующіе генералы могли созывать эти суды для разсмотрѣнія дѣлъ о провинившихся воинскихъ чинахъ во время похода или сраженія, при чемъ первое основаніе дѣятельности такого рода судовъ было поддержаніе поколебленной преступной дѣятельностью дисциплины и внутренняго порядка. Въ походѣ въ этомъ судѣ предсѣдательствовалъ начальникъ бригады, во время стоянки на мѣстахъ—начальникъ гарнизона. Судьи назначались изъ состава войска; мѣста его засѣданія, число судей должно быть не меньше 7-ми человѣкъ. Юрисдикція этихъ судовъ распространялась на cas prevôtaux, совершаемыя бродягами и гражданскими лицами въ отношеніи арміи и военными чиновниками.

Революціонное законодательство, смѣстившее всѣ основы стараго порядка, конечно затронуло прежде всего армію. Отъ 1790—96 года наблюдается быстротечная смѣна процессуальныхъ порядковъ, которая лишь въ 1796 г. уступила мѣсто правильному развитію началъ военно-процессуальнаго права. Первые суды, вышедшіе изъ революціи, были cours marciales, которые очень быстро исчезли, ибо оказались плохо съорганизованными и мало пригодными для тогдашнихъ порядковъ. Составъ суда состоялъ изъ главнаго военнаго судьи въ качествѣ предсѣдателя, подчиненнаго лишь военному министру, представителемъ публичнаго обвиненія былъ комиссаръ-аудиторъ. Допускалась самая широкая защита, а процессъ по системѣ общихъ судовъ состоялъ изъ обвинительнаго и судебнаго жюри. Существо процесса было состязательное, устное и широко публичное опять-таки, параллельно съ развитіемъ этихъ началъ въ современномъ ему общеуголовномъ производствѣ страны.

Смѣнившіе другъ друга съ чрезвычайной быстротой законы мая 1793 г. и 2-го плювіоза 11-го года были столь эфемерны, что объ нихъ не стоитъ говорить, и лишь законъ 3-го ноября 1796 года создалъ прочный порядокъ. По этому законодательству въ каждой дивизіи вводились постоянные военные суды. Такой судъ состоялъ изъ 7-ми человѣкъ, въ составъ которыхъ входили—полковой и батальонный командиры, два капитана, майоръ, лейтенантъ и унтеръ-офицеръ. Роль военнаго начальства обозначалась въ этомъ процессѣ такою же, какъ и ранѣе. Судъ отправлялся именемъ націи, хотя вліяніе начальства на ходъ дѣла было очень значительно, ибо отъ командной власти зависѣло назначеніе и формированіе состава судовъ и возбужденіе преслѣдованія, хотя и не полное.

Прадье Фодере находитъ дѣятельность этихъ судовъ чрезвычайно плодотворной и полагаетъ, что вліянію ихъ французская армія обязана тѣми высокими качествами воинскаго духа, который сдѣлалъ ее побѣдительницей на поляхъ сраженія всей Европы. Дѣйствительно, на ряду съ подъемомъ значенія личности и параллельнаго съ этимъ введенія началъ состязательности и устности въ главное производство, мы наблюдаемъ великолѣпное развитіе воинскаго духа, давшаго во внѣшнемъ выраженіи,—способности арміи къ войнѣ,—дотолѣ невиданные результаты. Французскій рядовой Фрикасъ писалъ въ своемъ дневникѣ: «Мы обязаны всѣми нашими успѣхами дисциплинѣ; благодаря ей, мы вызвали восторженное удивленіе Европы» [1]). Я привелъ въ примѣчаніи нарочно

---

[1]) А вотъ ближайшія основанія этой дисциплины· Маршалъ Сультъ, описывая состояніе войскъ этой эпохи, говоритъ: «офицеры подавали примѣръ самоотверженія, съ ранцемъ за плечами, безъ жалованья, они получали солдатское содержаніе, или имъ давали записки на полученіе пары сапогъ, платья. И между тѣмъ никто не думалъ жаловаться на свою нужду, бѣдность, или быть неисправнымъ по службѣ. Служба была единственной заботой, единственнымъ предметомъ соревнованія. Во всѣхъ рядахъ нашихъ заключалось одинаковое рвеніе, одинаковое желаніе сдѣлать болѣе чѣмъ требовалъ долгъ... Это время моего поприща,

цитату лица, въ компетентности котораго въ военномъ дѣлѣ никто не можетъ сомнѣваться, чтобы показать, какъ чувство рѣзко выраженной личности ведетъ ее къ осуществленію высшихъ цѣлей войска, черезъ проявленіе самодѣятельной готовности къ поддержанію порядка, который требуется главнымъ образомъ и въ обвинительномъ процессѣ. И стало быть этотъ фактъ вызываетъ идею логической связи существованія самодѣятельной дисциплины, какъ единственно разумной и возможной въ наши дни, и состязательнаго процесса, исходнымъ пунктомъ котораго является использованіе силъ разумной и свободной личности въ полнотѣ гражданской независимости, въ величіи исполненія долга

Принципы кодекса 1796 г. вошли впослѣдствіи въ законодательство нынѣ еще дѣйствующее и получили логическое свое завершеніе въ военно-судебномъ уставѣ 1857 г., который явился наиболѣе устойчивымъ изъ всѣхъ военныхъ процессовъ 19-го вѣка, послуживъ образцомъ для созданія кодексовъ нѣкоторыхъ великихъ державъ Европы. Такъ, напримѣръ, и новѣйшій германскій уставъ военнаго судопроизводства, и нашъ русскій военно-судебный уставъ 1867 г. несутъ на себѣ отпечатокъ сильнѣйшаго вліянія французскаго процессуальнаго законодательства.

Глава VIII.

У насъ первоначальный историческій періодъ процесса характеризуется той степенью самодѣятельности сторонъ, которая граничила очень близко съ самоуправствомъ. Передъ судомъ протекаетъ дѣятельность самовластныхъ, если можно такъ выразиться, въ своихъ дѣйствіяхъ сторонъ, при чемъ часто даже формальный приговоръ суда отсутствуетъ и судъ ограничивается взиманіемъ пошлинъ съ праваго и виноватаго одинаково въ пользу фиска, являясь какъ бы мѣрительнымъ аппаратомъ величины денежной мзды, слѣдуемой князю за безпокойство. Таковыми чертами отличалось, напримѣръ, судопроизводство по «Русской Правдѣ», гдѣ напримѣръ таковой важный способъ судебнаго доказательства, какимъ являются свидѣтельскія показанія, былъ совершенно не организованъ и, повидимому, появленіе ихъ передъ судомъ цѣликомъ зависѣло отъ ихъ доброй воли (статья 23-я Русской Правды). Мы не видимъ въ этомъ отношеніи у насъ той степени разработки началъ судопроизводства, какую находимъ въ уставахъ Франковъ, гдѣ, какъ это видно изъ приведенныхъ выше доказательствъ, порядокъ вызова свидѣтелей былъ разработанъ значительно совершеннѣе [1]).

Находимъ мы также въ этомъ первоначальномъ періодѣ нашей процессуальной жизни вѣдомство особой церковной юстиціи, о которой гласитъ церковный уставъ Владиміра. Онъ относитъ нѣкоторые виды преступныхъ дѣяній къ церковной компетенціи, хотя нѣкоторыя дѣла имѣютъ двоякую подсудность, каковы напримѣръ дѣла о наслѣдствѣ, подлежащія по Русской Правдѣ (ст. 100-я Троицкаго списка) вѣдомству также и свѣтскихъ судовъ. Судебными доказательствами являлись, подобно старому германскому

когда я всего болѣе работалъ и когда началъ выказывать наибольшую требовательность. Въ средѣ солдатъ то же самоотверженіе, такая же преданность. Никогда войска не отличались большимъ повиновеніемъ и не проявляли большаго усердія; ни въ одну военную эпоху не замѣчалось большей нравственности въ войскахъ» (объ этомъ т. III стр. 430 и 431; т. IV стр. 120) Петербургъ ред. Карѣева. Сорель «Европа и Французская революція».

[1]) Объ этомъ Сергѣевичъ—Лекціи и изслѣдованія 1903 г., стр. 570 и 571.

процессу,—признаніе, присяга, поединокъ, свидѣтельскія показанія, ордаліи и сводъ (ст. Р. П. 17, 81, 82, 31, 33, 35) [1]). Къ 16-му столѣтію наше процессуальное законодательство вырабатываетъ уже понятіе и розыскного процесса, очень рѣзко противополагаемаго, напримѣръ въ Судебникѣ 1550 года, обвинительному, отождествляемому съ судомъ (ст. 50-я Судебника). Орудіе розыска—пытка, средства—свидѣтели и присяга, слѣдствіе вводитъ посредствующую систему доказательствъ, судъ строится на началахъ устнаго производства, слѣдствіе не имѣетъ сторонъ, на судѣ—строго состязательная форма процесса, «стороны свободно препираются, заявляя все, что имъ угодно, и доказывая свои заявленія, какъ хотятъ и какъ могутъ»,—говоритъ профессоръ Сергѣевичъ [2]).

Въ то же время, судъ уже не является пассивнымъ зрителемъ протекающей передъ нимъ дѣятельности сторонъ, но проявляетъ большую самостоятельность въ изслѣдованіи обстоятельствъ дѣла, особенно въ тяжбахъ о недвижимостяхъ, гдѣ онъ могъ самостоятельно производить сыскъ по книгамъ. Явка на судъ для отвѣта была обязательной, причемъ обязательство это подкрѣплялось поручительствомъ, за отсутствіемъ какого отвѣтчикъ заковывался въ кандалы и лишался свободы. Судопроизводство было словеснымъ и состязательнымъ, причемъ непосредственность рѣзко нарушалась дѣленіемъ производства на судъ и «вершеніе дѣла», въ которомъ принимали часто участіе другіе судьи.

Еще большее значеніе имѣло въ созданіи письменной процедуры обращеніе за разъясненіемъ къ высшему судьѣ, носившее названіе доклада. Когда въ высшую судебную инстанцію пересылался судебный списокъ, судья могъ рѣшить дѣло безъ вызова стороны. Но оцѣнка доказательствъ была дѣломъ внутренняго убѣжденія несмотря на то, что письменныя доказательства играютъ въ это время уже очень большую роль. Апелляція не существовала въ прямомъ смыслѣ, ибо дозволялось обжаловать приговоръ лишь въ случаяхъ завѣдомаго неправосудія судей, что соотвѣтствовало гораздо болѣе современному намъ порядку возобновленія дѣлъ. Даже Уложеніе 1649 г. накладывало на судью, правда неопредѣленное, наказаніе (10) «за просудъ безъ хитрости».

Полное уничтоженіе началъ личности явствуетъ изъ обычаевъ правежа, заимствованнаго отъ татаръ, и «выдачи головой», въ которой даже убійство кредиторомъ должника разсматривалось какъ существенно различное отъ обычнаго убійства дѣяніе и покрывалось въ высокой степени неопредѣленной санкціей наказанія—«какъ государь укажетъ». Отсутствіе за личностью всякихъ правъ видно въ Уложеніи особенно изъ полной неравности наказаній въ отношеніи сословій и классовъ страны. Правежъ не могъ, напримѣръ, обрушиться на голову высшаго служилаго человѣка, который могъ вмѣсто себя выставлять своихъ крестьянъ. «Выдачѣ головою» тоже подлежали только низшіе соціальные классы [3]).

Если въ отношеніи гражданскихъ дѣлъ процессъ былъ все еще состязательный и устный до нѣкоторой степени, то въ уголовномъ судѣ въ 17 столѣтіи уже безраздѣльно господствовалъ сыскъ. Пытка и обыскъ дѣлаются отличительными признаками процесса уголовнаго суда, который къ этому времени уже опредѣленно отграничивается отъ гражданскаго судопроизводства. Порядокъ обыска, совпадающій при его первоначальномъ возникновеніи съ обыскомъ Западной Европы, напримѣръ Англіи, къ 17 вѣку исчезаетъ, не оставивъ того вѣчнаго отложенія прогрессирующей жизни, которое въ

---

[1]) Это было и въ Германскихъ памятникахъ процессуальнаго законодательства. Сергѣевичъ, стр. 577—579 и 585.

[2]) Стр. 584.

[3]) Сергѣевичъ, стр. 605.

англійскомъ судѣ создало институтъ присяжныхъ. Въ качествѣ спутницы обыска шла пытка, примѣняемая у насъ троекратно [1]). Отсутствіе въ странѣ до 18 столѣтія регулярныхъ войскъ и почти полное сліяніе стрѣльцовъ, въ пору своей мирной дѣятельности, съ обычной жизнью государства устраняло всякую возможность образованія у насъ воинскаго процесса. Впервые указанное подраздѣленіе процессовъ на спеціально военный и общій слѣдовало въ нашемъ законодательствѣ лишь послѣ Петра I, а до него имѣлись лишь смутныя указанія на необходимость таковаго. Крупнѣйшій юридическій памятникъ 17 вѣка, Соборное Уложеніе 1649 года, говоритъ о судѣ для войска очень мало. Объ этомъ трактуетъ спеціально глава VII, главы VIII, XXIV и нѣсколько статей спорадически вкрапленныхъ въ разныя главы Уложенія, касающіяся этого же предмета. По этому Уложенію стрѣльцы и пушкари подлежали суду спеціально учрежденныхъ судебнаго и пушкарскаго приказовъ, а остальные «ратные люди» за всѣ преступныя дѣянія, учиненныя въ мирное время, подлежали вѣдомству общихъ учрежденій страны [2]).

Во время войны преступныя дѣянія, учиненныя такими ополченными людьми, судились полковыми воеводами и лицами ими уполномоченными на отправленіе суда. Кромѣ того уклоненіе отъ службы, весьма часто практиковавшееся дворянами, влекло за собою особый порядокъ разбора дѣлъ спеціально отряжаемыми правительственными людьми, называемыми «разборщиками». Разборщики по разслѣдованію дѣла, происходящему внѣ всякихъ формальностей, дѣлали объ этомъ соотвѣтственный докладъ, при чемъ въ результатѣ были наказанія, которыхъ заранѣе невозможно было предвидѣть, ибо все зависѣло отъ усмотрѣнія царя [3]).

Въ стрѣлецкомъ судѣ эпохи XVII столѣтія господствовала повидимому та же система судопроизводства, что и въ общемъ процессѣ. По крайней мѣрѣ Уложеніе въ главѣ X указывало также на правежъ, какъ способъ воздѣйствія на личность несостоятельнаго военнослужащаго, и вообще ни по системѣ, ни по характеру наказаній не выдѣляло ратныхъ людей изъ рядовъ прочихъ гражданъ. Въ приказѣ, вѣдавшемъ, какъ сказано, всѣ преступныя дѣянія военнослужащаго, совершаемыя въ мирное время, процессъ протекалъ передъ коллегіей судей, дѣйствовавшихъ по основаніямъ производства, указаннымъ ранѣе. Меньшія преступленія военнослужащихъ судились не въ разбойномъ приказѣ, коему подлежали дѣла о наиболѣе важныхъ преступныхъ дѣяніяхъ, а въ спеціально войсковыхъ приказахъ и приказныхъ избахъ, гдѣ незначительныя преступленія судились единолично войсковымъ начальствомъ. Во время походовъ и сраженій судебная власть осуществлялась начальствующими надъ войскомъ воеводами и уполномоченными начальниками, смотря по званію виновныхъ и тяжести учиненныхъ преступныхъ дѣяній [4]).

Извѣстно, что наше законодательство отъ эпохи Соборнаго Уложенія вступаетъ на путь, такъ называемыхъ, «ново-указныхъ» статей, устраняющихъ всякую систему у законодательства и дѣйствующихъ по каждому спеціальному случаю, не согласуясь съ общимъ направленіемъ системы Уложенія, какъ дѣйствующаго права. Точно тотъ же путь мы можемъ прослѣдить въ отношеніи и военно-судебныхъ законовъ, которые до воинскаго устава Петра I нѣсколько разъ выступали въ жизнь съ частичными поправками къ дѣйствующимъ процессуальнымъ порядкамъ, а иногда даже создавали отдѣльныя самостоятельныя военно-судебные памятники, которые до насъ часто не

---

[1]) Объ этомъ Сергѣевичъ, стр. 610—613.

[2]) Объ этомъ Розенгеймъ—Очеркъ исторіи военно-судебныхъ учрежденій въ Россіи до кончины Петра Великаго, 1878 г., стр. 16 и слѣд.

[3]) Розенгеймъ, стр. 21 цит. соч.

[4]) Розенгеймъ, стр. 46—49 и Шендзиковскій—Конспектъ лекцій по исторіи русск. воен. угол. законод., 1885 г., стр. 6—9.

доходили. Розенгеймъ доказалъ весьма убѣдительно, что задолго до устава 1716 года въ войскѣ Петра I существовалъ правильно организованный военный судъ [1]). Таковы были: Воинскій уставъ Вейде 1698 г., Уложеніе Шереметьева 1701 г. и Краткій артикулъ 1706 г., Статьи для управленія полкомъ 1697 г., Статьи данныя на генеральномъ дворѣ Преображенскомъ, 23 декабря 1700 г., и другія. Этотъ памятникъ нашего законодательства является какъ бы сводкой системы военно-судебныхъ правилъ, дѣйствіе которыхъ въ войскахъ признавалось по тому времени цѣлесообразнымъ.

Уставъ 1716 года носитъ на себѣ признаки общей Петру I системы законодательства, основаніемъ котораго служили европейскіе образцы. Въ корнѣ этого законодательнаго памятника были положены европейскіе военные законы Швеціи, Даніи и Саксоніи. Вмѣстѣ съ тѣмъ и богатая индивидуальность самаго Петра, и пониманіе особности русской арміи, въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ не схожей съ арміями, законы коихъ служили образцомъ, нашли себѣ примѣненіе въ самостоятельной обработкѣ воспринятаго матеріала и въ созданіи нѣкоторыхъ совершенно оригинальныхъ постановленій [2]). Самое окончаніе устава за границей (въ Данцигѣ), изданіе воинскаго артикула на двухъ языкахъ, русскомъ и нѣмецкомъ, свидѣтельствуютъ о чрезвычайной близости идей законодательства съ ихъ первоначальнымъ источникомъ,—богатой и разнообразной жизни армій Европы. Уставъ состоялъ изъ 4-хъ частей, вторая изъ которыхъ была посвящена «краткому изображенію процессовъ», заключая правила судопроизводства въ войскѣ.

Здѣсь выставляется прежде всего общій принципъ законности, со времени Густава Адольфа, особенно укрѣпившійся въ законодательствахъ иностранныхъ армій. «Никого не точію наказывать, но даже штрафовать безъ фергерунта и воинскаго суда, невозможно». Та же мысль проходитъ красной нитью черезъ XXV главу, въ которой объ обязанностяхъ генералъ-аудитора указано, что онъ является наиболѣе отвѣтственнымъ за неправильный приговоръ. Это обстоятельство обосновывалось помимо спеціальныхъ знаній еще вліяніемъ чрезвычайно большой въ это время власти, которою шультгейсъ пользовался уже надъ войсковыми судами въ Европѣ. Законъ далѣе еще разъ указываетъ на необходимость строгой правомѣрности въ отправленіи правосудія въ войскѣ.

Одновременно съ тѣмъ величайшій принципъ нашего времени—гуманность, которая, по мнѣнію Стронина, является наиболѣе замѣчательнымъ явленіемъ въ ходѣ эволюціи судебнаго процесса,—находитъ себѣ впервые ясное признаніе на страницахъ закона. Должны быть аудиторы «осторожны и благосовѣстны человѣку, дабы при написаніи и исполненіи приговору и преступитель отягченъ не былъ, но надлежитъ ему напередъ, по прилежному разсужденію всѣхъ обстоятельствъ учиненнаго преступленія, также выслушать свидѣтелей, правомѣрно приговоръ учинить, на что онъ, особливо когда судитъ, никому похлѣбствовать ни для знатности, какой особой дружбы, и для подарковъ, или для злобы имѣетъ». Въ главѣ XLI о генералѣ говорится какъ о чинѣ, существованіе котораго обусловлено непререкаемой потребностью войска въ правосудіи. «Понеже правосудіе всюду поддержано имѣетъ быть» и т. д. Такое же значеніе поддержанія законности имѣло учрежденіе фискаловъ при войсковыхъ начальникахъ, указомъ 19 февраля 1711 года окончательно опредѣленное въ воинскомъ уставѣ въ главѣ XLII «о чинѣ и рангѣ фискальскомъ». «Они обязаны, говорилъ уставъ, наблюдать за исполненіемъ законовъ, всѣми безъ исключенія, и о замѣченныхъ нарушеніяхъ доносить» высшимъ и низшимъ судамъ, смотря по рангу фискаловъ [3]) [4]).

---

[1]) Объ этомъ Розенгеймъ, стр. 56 и 57 и прим.

[2]) Объ этомъ Розенгеймъ, стр. 105 и слѣд. и Шендзиковскій, стр. 45 и слѣд.

[3]) Розенгеймъ, стр. 105—110.

[4]) Объ этомъ артикулъ 147 устава Меньшикова, глава II.

Приведенное положеніе законодательства удивительно совпадаетъ съ развивающимся значеніемъ личности и громадными усиліями для поднятія личной чести въ войскахъ, которыя употребляетъ законодатель. Онъ понялъ, что для борьбы съ войскомъ, получившимъ основную систему воспитанія отъ великодушныхъ идей кодекса Густава Адольфа, необходимо не меньшее развитіе личности и подчиненіе ея одному лишь закону, какъ это было въ войскѣ побѣдоносныхъ шведовъ. Отсюда—и фискалатъ, и гевальтигеры, и генералъ-аудиторы, и безпощадная рѣшимость законодателя бороться съ произволомъ начальства, всей энергіей ему свойственной. Организація суда по воинскому уставу, изложенная въ I главѣ, дѣлитъ суды на: 1) высшіе для разбора важнѣйшихъ преступленій, 2) низшіе для производства дѣлъ менѣе важныхъ, 3) суды скорорѣшительные для сужденія въ военное время на походѣ при необходимости немедленной репрессіи и наконецъ, суды чести. Раздѣленіе судовъ, указанное выше, опредѣляется въ своемъ различіи лишь составомъ судей, организуя ихъ совершенно аналогично по характеру судопроизводства.

Военный судъ могъ быть учрежденнымъ или по частной жалобѣ, или по оффиціальному доносу фискала, или, наконецъ, по требованію начальства. Начальство имѣло значительное вліяніе на ходъ процесса, назначая по всякому дѣлу особо презуса и ассесоровъ суда. Процессъ дѣлился на двѣ части: первая—фергеръ и вторая—кригсгерехтъ. При производствѣ фергеррехта мы наблюдаемъ полное примѣненіе инквизиціонно-слѣдственныхъ началъ, въ которыхъ обвиняемый и свидѣтели вынуждались къ показанію всѣми способами, не исключая и пытки. Защита формальная по уголовнымъ дѣламъ не допускалась (ст. 1, глава V воинскихъ процессовъ), а гласность была совершенно исключена. При открытіи засѣданій суда, презусъ требовалъ, «чтобы памятовали свою совѣсть и, что при судѣ случится, хранили бы тайно». Но своеобразное сочетаніе обвинительныхъ началъ процесса Густава Адольфа, требующаго полной гарантіи свободы личности, выразилось въ особомъ институтѣ «сальво кондуктовъ», дающихъ гарантію свободы въ извѣстныхъ случаяхъ, до постановленія приговора компетентнымъ судомъ (Розенгеймъ, стр. 148). Доказательства въ процессѣ строго формальны, что особенно замѣтно въ системѣ дѣленія свидѣтелей на лучшихъ и худшихъ. Кромѣ того доказательствомъ являются: признаніе «лучшее всего свѣта свидѣтельство», письменные документы и присяга.

Одновременно съ тѣмъ суду даются въ руководство благороднѣйшіе завѣты юстиціи всѣхъ временъ, устанавливается самимъ законодателемъ великодушный взглядъ на личность подсудимаго и готовность отдать ей всѣ предпочтенія въ процессѣ. «Понеже лучшее есть десять виновныхъ освободить, нежели одного невиннаго къ смерти приговорить»,—говоритъ законодатель. На рѣшенія уголовныхъ судовъ апелляція не допускалась, но каждый приговоръ долженъ былъ утверждаться командующимъ лицомъ, у котораго было право увеличенія и уменьшенія кары.

Вообще весь Петровскій процессъ носитъ характеръ особаго эклектизма, въ которомъ національныя начала 17 вѣка мирно уживаются рядомъ съ системой розыска, заимствованнаго изъ иностранныхъ образцовъ. Въ немъ стоятъ рядомъ широкая неопредѣленность стараго внутренняго убѣжденія съ узкой шкалой неподвижныхъ доказательствъ, идея Московской расправы съ принципомъ организованнаго суда. Самый ходъ законодательства носитъ присущій работамъ Петра лихорадочно-перемежающійся характеръ. Оставшійся отъ Соборнаго Уложенія ублюдокъ обвинительно-слѣдственной системы, оберегавшійся указомъ 1683 года, былъ смѣненъ въ 1697 году указомъ о введеніи розыска. Однако и здѣсь для гражданскихъ дѣлъ вводился порядокъ болѣе состязательный, для уголовныхъ—болѣе розыскной. Но и въ томъ и въ другомъ законодательствѣ были признаки этихъ взаимно противорѣчащихъ принциповъ уголовнаго судопроизводства. «Каролина», оказавшая въ этомъ отношеніи значительное вліяніе на

характеръ судопроизводства по дѣламъ гражданскимъ, напротивъ, отступаетъ въ дѣлахъ уголовныхъ далеко на задній планъ, при чемъ типично отсутствуютъ всякія формальныя ограниченія. Для судьи эти положенія выражаются въ предложеніи «болѣе смотрѣть на самое дѣло, нежели на краснословіе и лѣпоту процессовъ».

Быть можетъ именно вслѣдствіе такого эклектизма, порядокъ суда продержался у насъ съ немногими измѣненіями въ теченіе 150 лѣтъ и лишь въ 1812 году былъ смѣненъ «Полевымъ уголовнымъ уложеніемъ», заимствованнымъ изъ французскаго военнаго кодекса 1796 года. Воспроизводя въ существенныхъ чертахъ основныя начала подлинника, законодательство 1812 года вводитъ въ нашъ кодексъ устность, публичность, формальную защиту и значитъ отклоняется отъ теоріи формальныхъ доказательствъ, бывшихъ основой воинскаго артикула. Но публичный обвинитель, являющійся національнымъ достояніемъ французскаго кодекса, въ уложеніи 1812 года отсутствуетъ, и сохраняется ревизіонный порядокъ утвержденія приговора начальствующими лицами.

Что касается мирнаго времени, то здѣсь были воспроизведены начала Петровскаго законодательства. Въ военно-уголовномъ уставѣ 1839 г., стремящемся установить большую систематичность въ дѣйствующемъ военно-судебномъ законодательствѣ, не вносилось никакой новизны въ порядокъ отправленія правосудія, дѣйствующій съ эпохи конца 18 столѣтія [1]). Для мирнаго времени, до самой реформы 1867 года, въ нашемъ военномъ процессуальномъ законодательствѣ сохранились чисто слѣдственныя начала процесса, заимствованныя полностью изъ воинскаго артикула. Судъ былъ строго тайный, письменный съ поставленіемъ обвиняемаго въ положеніе объекта изслѣдованія и примѣненіемъ системы формальныхъ доказательствъ при постановкѣ приговора. О независимости суда отъ административной власти не могло быть и рѣчи, ибо начальство, даже болѣе чѣмъ въ Петровскомъ законодательствѣ, оказывало вліяніе на составъ суда, на ходъ слѣдствія и постановленіе приговора. Недостатки нашего процессуальнаго законодательства были столь очевидны, что уже съ 1854 г. начались подготовительныя работы по его реформѣ, при чемъ измѣняющіяся вліянія событій внутренней и внѣшней государственной жизни оказывали самое значительное воздѣйствіе на отношеніе законодателя къ проектамъ будущаго военно-судебнаго устава.

Старая истина существованія органической связи общаго и военнаго процессовъ особенно ярко сказалась въ отечественномъ правѣ. Попутно съ этимъ, великій принципъ эмансипаціи личности оказывалъ свое конструктивное вліяніе на установленіе общихъ началъ процесса, соотвѣтственно иному положенію личности въ государствѣ. Паденіе крѣпостного права, положившее вѣковѣчную грань между старой и новой Россіей, создало сейчасъ же и неизбѣжность введенія, соотвѣтственно новому положенію личности, принциповъ обвинительнаго процесса. Военно-судебная реформа 1867 года, бывшая въ тѣснѣйшей связи съ нашей обще-судебной реформой, ввела однако не чисто обвинительный, но смѣшанный порядокъ процесса, господствовавшій въ то время и въ обще-европейскомъ судебномъ законодательствѣ. Процессъ рѣзко распадается на двѣ части, находящіяся въ непримиримомъ противорѣчіи между собой, предварительнаго слѣдствія и суда, при чемъ въ военномъ судопроизводствѣ это обстоятельство усугублялось еще громаднымъ вліяніемъ, сохраненнымъ за административнымъ вмѣшательствомъ въ ходъ возбужденія преслѣдованія и раскрытія преступныхъ дѣяній въ стадіи предварительнаго производства.

Намѣчающееся въ общемъ законодательствѣ Европы и у насъ стремленіе логически завершить современный намъ циклъ процессуальнаго развитія, введя строго обвинительныя начала въ весь порядокъ суда, долгое время шло мимо арміи съ ея судебной жизнью. Напротивъ, реформа 1882—1885 годовъ, не внося принципіальныхъ измѣненій,

---

[1]) Объ этомъ Шендзиковскій, стр. 207.

только укрѣпляла, казалось, занятыя позиціи, не обѣщая ни малѣйшей надежды на соотвѣтственно необходимыя реформы въ военномъ судѣ. Это соотвѣтствуетъ аналогичному ходу и обще-судебнаго процесса, накапливавшаго своего рода хранилище постоянныхъ уклоненій въ сторону слѣдственнаго процесса, въ теченіе послѣднихъ 40 лѣтъ.

Теперь мы можемъ наблюдать поворотную точку; вмѣстѣ съ величайшимъ измѣненіемъ важныхъ основъ нашего государственнаго строя не могло, конечно, оставаться неподвижнымъ крупнѣйшее его выраженіе—уголовный процессъ. Въ позднѣйшіе годы начинается работа надъ устраненіемъ множества противорѣчій, вкравшихся въ основную обвинительную форму судоотправленія, и попутно съ этимъ вліяніе новѣйшихъ законодательствъ европейскихъ кодексовъ вводитъ глубоко сознанную потребность дальнѣйшаго развитія обвинительныхъ началъ. Они и сказываются въ проектѣ министра юстиціи, внесенномъ на разсмотрѣніе Верховнаго законодательнаго учрежденія страны,—Государственной Думы 2-го созыва, гдѣ мы находимъ введеніе защиты на предварительномъ слѣдствіи, условное осужденіе и коренное измѣненіе въ порядкѣ преданія суду. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что проектъ выйдетъ изъ стѣнъ законодательнаго учрежденія только расширеннымъ въ направленіи введенія торжества обвинительнаго начала и, стало быть, мы имѣемъ передъ собою вѣрный путь законодательнаго шествія прогресса обвинительнаго начала. Я доказалъ уже выше неизбѣжность органической связи военнаго и общаго процессуальныхъ правъ изъ органическаго же взаимодѣйствія жизни арміи съ общимъ существованіемъ народа. Значитъ мы должны употребить всѣ усилія къ правильному установленію нарушенной уже общности началъ процессуальныхъ правъ и надлежащимъ анализомъ основныхъ принциповъ доказать, какъ необходимость дальнѣйшаго проведенія въ судебную практику арміи обвинительныхъ принциповъ, такъ и предѣлы, до которыхъ оно должно распространиться [1]).

Глава IX.

Разсматривая систему обвинительнаго процесса въ томъ видѣ, какимъ его даетъ исторія, къ настоящему моменту нашей соціальной жизни мы видимъ основной признакъ, отличающій его отъ инквизиціоннаго, въ непремѣнномъ присутствіи обвинителя, которому принадлежитъ иниціатива, въ преслѣдованіи и проведеніе его передъ судомъ. Начинаясь съ представительства частныхъ интересовъ и совпадая, на этой стадіи развитія, съ правомъ гражданскимъ, обвинительное начало преслѣдованія переходитъ отъ индивидуума къ соціальной группѣ, въ которой послѣдній пребываетъ. Здѣсь публичное обвиненіе является уже функціей чисто соціальной, въ которой обвинитель оказывается представителемъ и частныхъ и общественныхъ интересовъ. Вслѣдствіе возможнаго преобладанія послѣднихъ, наблюдается раздѣленіе порядковъ гражданской и уголовной процедуръ, каковыя съ этого историческаго момента существуютъ параллельно, смѣшиваясь между собою только въ чисто порубежныхъ областяхъ перехода частныхъ интересовъ въ общественные и обратно. Въ этотъ моментъ процессуальной жизни, вмѣстѣ съ преслѣдованіемъ во имя публичныхъ интересовъ, происходитъ приспособленіе къ нимъ института суда и отправленіе кары отъ имени общества, вслѣдствіе признанія въ ней орудія соціальнаго порядка. Положеніе судьи въ обвинительномъ процессѣ опредѣляется

---

[1]) Это писалось до роспуска Думы 2-го созыва.

отсутствіемъ всякой дѣятельности, направленной противъ преступника или во имя его интересовъ. Онъ долженъ съ невозмутимой безстрастностью присутствовать при борьбѣ сторонъ, съ машинообразной объективностью разсматривая и накопляя сумму представленныхъ доказательствъ, полагаемыхъ имъ въ основу рѣшенія дѣла. Онъ только направляетъ борьбу сторонъ въ русло законности и слѣдитъ за перипетіями состязанія въ интересахъ выясненія истины, путемъ свободно представленныхъ сторонами доказательствъ. Состязаніе ведется спорнымъ, устнымъ, непремѣнно публичнымъ. Противники ведутъ споръ равнымъ оружіемъ, пользуясь свободой и независимостью въ этой борьбѣ, единственнымъ ограниченіемъ которой является удовлетвореніе ея способовъ и средствъ формуламъ закона [1]). **Сущность обвинительнаго процесса заключается, съ формальной стороны, въ спорѣ о правѣ двухъ сторонъ, противопоставленныхъ одна другой передъ судьей; съ матеріальной—въ такой равноправности сторонъ, какая соблюдается въ процессѣ гражданскомъ** [2]).

Наконецъ, въ наше время вырабатывается новый типъ, несущій характеръ чистаго эклектизма. Судопроизводство распадается на два періода—предварительнаго и судебнаго слѣдствія (предварительное производство и главное, какъ его называютъ иностранные криминалисты). Предварительное слѣдствіе, проходящее передъ судьей, исполняющимъ, какъ въ инквизиціонномъ порядкѣ суда, обязанности безпристрастнаго выяснителя истины, безъ помощи сторонъ; обвиняемый какъ объектъ изслѣдованія, отсутствіе публичности, господство письменности,—опредѣляютъ его внутреннее содержаніе и внѣшнюю форму. Главное производство носитъ всѣ признаки обвинительнаго начала, при чемъ къ устности и публичности производства прибавляется еще свободная оцѣнка доказательствъ со стороны судьи, какъ полновластнаго опредѣлителя рѣшающей силы фактовъ [3]).

Этимъ двумъ формамъ современнаго намъ процесса соотвѣтствуютъ не равныя протяженія территорій, на которыхъ онѣ дѣйствуютъ. Въ Англіи господствуетъ почти чистый типъ обвинительнаго процесса, во Франціи и, по ея образцу, въ остальной Европѣ—смѣшанный, смотря по странамъ, съ не равнымъ преобладаніемъ инквизиціонныхъ или обвинительныхъ началъ въ различныхъ государствахъ. Въ виду значенія, которое имѣетъ для проведенія тѣхъ или иныхъ принциповъ въ процессуальную жизнь ихъ практическое осуществленіе въ странахъ высокой юридической культуры, я сдѣлаю здѣсь общую характеристику процессовъ Франціи и Англіи.

Французскій процессъ, бывшій прототипомъ всего континентальнаго законодательства 19-го вѣка, носитъ ублюдочный, примирительный характеръ, который получилъ 19-й вѣкъ въ результатѣ борьбы революціи со старымъ порядкомъ [4]). Эли опредѣляетъ основную тенденцію кодекса слѣдующими словами: «редакція кодекса имѣетъ въ виду болѣе практическое примѣненіе, а не удовлетворенія требованіямъ науки; поэтому напрасно искать въ кодексѣ общаго права и опредѣленій [5]) [6]).

1670-й годъ на одномъ полюсѣ и 1791-й на другомъ—вотъ вѣхи, до которыхъ докатывались волны юридическаго новаторства и которыя отразились на кодексѣ

---

[1]) Объ этомъ Глязеръ, стр. 26 цит. соч.

[2]) Объ этомъ же Стифенъ—Угол. судопр., стр. 2.

[3]) Traité théorique et pratique de procedure Garsonnet 1904 г., t. I.

[4]) «Всякое нововведеніе подчиняется вліянію того установленія, которое ово предназначено было замѣнить; этимъ объясняются компромиссы, вышедшіе изъ рукъ учредительнаго собранія», говоритъ Глязеръ, стараясь объяснить этотъ процессуальный порядокъ.

[5]) Миттермайеръ—Законод. и юридич. практ., стр. 57. 1864 г. Петербургъ.

[6]) «Въ старой Франціи вообще не было точно опредѣленнаго права, и весь порядокъ суда сводился къ дискреціонному распоряженію полуадминистративнаго суда, могущаго опредѣлить наказаніе за преступленіе и не значащееся въ законѣ». (Объ этомъ Михайловскій—цит. соч.).

1808-го года. Содержаніе началъ инквизиціоннаго порядка перваго и строго обвинительнаго второго вошли, причудливо сплетаясь, въ правовую жизнь Франціи, а за нею и остального континента. Кодексъ при своемъ введеніи въ жизнь встрѣтилъ совершенно безпощадную критику со стороны выдающихся французскихъ юристовъ, которая во многомъ абсолютно вѣрна. Вотъ что говоритъ о немъ извѣстный французскій юристъ Беранже: «Nous nous sommes contentés de placer, un magnifique frontispice devant les décombres du déspotisme: monument trompeur dont l'aspect séduit mais qui glace d'effroi quand on y pénétre!—Sous des apparences libérales avec les mots pompeux de jurés, de debats publics d'indépendence judiciair, de liberté individuelle nous sommes doucement conduits à l'abus de toutes ces choses et au mépris des tous les droits une verge de fer nous tient lieu de baton de justice» [1] [2]).

Дѣйствительно, въ отличительныхъ своихъ чертахъ, французскій процессъ представилъ поразительное смѣшеніе системы англійской съ требованіемъ процедуры чисто французской, выразившейся въ предоставленіи прокуратурѣ господствующаго положенія. Характеръ преній учредительнаго собранія достаточно показывалъ всю промежуточность рѣшенія, на которомъ остановилось большинство въ отношеніи положенія прокуратуры. Камбассересъ въ страстной рѣчи требовалъ полнаго устраненія прокурора отъ всякаго вліянія на ходъ предварительнаго слѣдствія; противники, ссылаясь на историческое преемство этого института, настаивали на предоставленіи прокуратурѣ права возможно широкаго контроля даже надъ судьями.

Въ результатѣ остановились на понятіи flagrant délit, неопредѣленность котораго создала для прокуратуры возможность вмѣшиваться во всѣ моменты процесса, въ ходъ дѣлъ и оказывать совершенно исключительное вліяніе далеко не въ интересахъ истины [3]). Прокуроръ, руководя полиціей, можетъ въ случаѣ flagrant délit не только производить осмотры и обыски, но даже допросы обвиняемаго, его родственниковъ и свидѣтелей, призывать экспертовъ, заключать обвиняемаго подъ стражу (ст. 32—49 и 59 уст.); однимъ словомъ, здѣсь имѣется полная наличность дѣятельности, свойственной въ принципѣ лишь органамъ судебной власти. Этого мало, прокуроръ пользуется тѣми же правами и въ случаѣ просьбы о такихъ дѣйствіяхъ со стороны хозяина дома, хотя бы понятіе flagrant délit не существовало. Наконецъ, кодексъ включаетъ въ число судебной полиціи органъ явно административный и слѣдственныхъ судей. Уже на стадіи предварительнаго производства и возбужденія преслѣдованія наблюдается сочетаніе судебныхъ и административно-судебныхъ принциповъ. Кодексъ различаетъ очень рѣзко фактически часто совпадающія дѣятельности—жалобы и доносы. По статьѣ 63-й устава, жалобщикъ обращается къ слѣдственному судьѣ, а по ст. 31-й прокурору предоставлено исключительное право возбужденія преслѣдованія по доносу. При этомъ для того, чтобы не подчеркнуть преобладаніе въ этой стадіи процесса прокуратуры, жалобщику предоставлено право выбора между слѣдственнымъ судьей и прокуроромъ, который статьей 64-й уполномочивается на предложеніе слѣдователю о производствѣ дѣла на

---

[1]) Beranger—De la justice criminelle en France 1818, p. 2 и 3. Въ новѣйшее время аналогичный отзывъ находится въ мотивахъ къ ст. 2-й Австрійскаго устава 1873 г. (Motiwenbericht der Regierung S. 15, 19). Feuerbach—Betrachtungen ueber die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit Derechtigkeitspflege.

[2]) Совершенно обратная характеристика кодекса 1808 г. дана докладчикомъ проекта измѣненій Бельгійскаго судебнаго устава, Тониссеномъ. Thonissen—Rapport à la chambre des représentants de Belgique. «Наслѣдуя кодексу 3-го брюмера IV-го года, 600 статей котораго были созданы въ 8 дней и вотированы въ два засѣданія, онъ осуществилъ большой и неоспоримый прогрессъ. Не будучи во всѣхъ своихъ частяхъ выраженіемъ наиболѣе научныхъ идей эпохи, онъ упрощалъ и улучшалъ дѣйствующее законодательство. Лучшимъ доказательствомъ этого является распространенность его въ большей части Европы».

[3]) Объ этомъ Миттермайеръ—Законод. и юридич. практ., стр. 120, 121.

этомъ основаніи. Дальнѣйшимъ отличіемъ кодекса является отсутствіе рѣзкихъ границъ между дѣятельностью полиціи, по обнаруженію преступленія, и спеціальнымъ изслѣдованіемъ судьи, предпринимаемымъ въ этомъ же направленіи.

Наибольшая связь съ ордонансомъ 1670 года обнаруживается однако же на стадіи предварительнаго производства. Статьи 71—86-я почти буквально воспроизводятъ текстъ VI-й главы ордонанса. До самаго послѣдняго времени, именно до закона 8-го декабря 1897 г. (въ общемъ, по отзывамъ наблюдателей, мало измѣнившаго дѣло), въ стадіи предварительнаго слѣдствія были черты совершенно розыскныя. Допросъ обвиняемаго, являющійся важнѣйшимъ моментомъ слѣдствія, закономъ совершенно не формулированъ и, такимъ образомъ, личность обвиняемаго лишена самыхъ элементарныхъ гарантій ея свободы. Судья не обязанъ даже сообщать обвиняемому сущности уже собранныхъ противъ него доказательствъ при первомъ допросѣ. Все производится тайно и письменно. На стадіи преданія суду крупнѣйшимъ образомъ нарушается равенство сторонъ, ибо въ обвинительной камерѣ прокуроръ присутствуетъ, между тѣмъ какъ обвиняемый не имѣетъ даже представителя.

Главное производство почти цѣликомъ является въ кодексѣ наслѣдіемъ революціи, хотя и тамъ равенство сторонъ почти совершенно уничтожено чрезвычайной активностью президента и дискреціонными полномочіями его власти, предоставленными ему закономъ. Тотъ же Эли находитъ, что кодексъ, въ силу совершеннаго отсутствія въ немъ научныхъ вліяній, полонъ стремленія приспособиться къ дѣйствительной жизни и незамѣтно для себя допускаетъ массу исключеній противъ своихъ же принциповъ. Устность, введенная въ качествѣ основного начала, помимо всякихъ законодательныхъ опредѣленій, обходится дискреціонной властью предсѣдателя, разрѣшающаго прочитывать на судѣ все, чего домогаются стороны, начиная отъ протоколовъ свидѣтельскихъ показаній, данныхъ на предварительномъ слѣдствіи, хотя бы свидѣтели и присутствовали тутъ же [1]). Ст. 190-я, запрещающая допросъ обвиняемаго ранѣе допроса свидѣтелей, совершенно спокойно обходится судебнымъ обычаемъ, предоставляющимъ обвиняемаго во власть президента, стѣсняя личность обвиняемаго и способы защиты до послѣдняго предѣла. Вопреки закону же, свидѣтели привлекаются къ допросу, не будучи указаны въ предложеніи о вызовѣ со стороны обвинителя до суда дискреціонной властью президента и т. д. безъ конца.

Миттермайеръ [2]) разсказываетъ, что во Франціи въ 1842 г. къ ассизамъ 564 человѣка свидѣтелей были вызваны дискреціонной властью предсѣдателя, явно вопреки закону. Предоставляя прокурору, до допроса свидѣтелей, обрушиться съ обвиненіемъ на подсудимаго, приводя въ обвинительномъ актѣ всѣ наиболѣе существенныя данныя предварительнаго слѣдствія, процессъ существенно нарушаетъ принятыя начала равенства сторонъ. Вся система суда вообще представляетъ строгую соподчиненность множества правительственныхъ органовъ, дѣйствующихъ въ іерархическомъ порядкѣ. Право личной независимости цѣликомъ поглощается интересами государственнаго порядка, и подозрѣваемое лицо, привлеченное къ слѣдствію, часто бываетъ обязано доказать «justifier l'emploi de leur temps». Самыя интимныя стороны жизни, вполнѣ безупречной за много лѣтъ, включаются въ область полицейскихъ изысканій, вынося на поверхность общественному наблюденію наиболѣе сокровенныя святыни личной жизни. Власть прокуратуры громадна, а вліяніе министра юстиціи, могущаго дѣлать выговоры даже кассаціонному суду, оказываетъ самое неблагопріятное воздѣйствіе на область судейскаго

[1]) Объ этомъ Щегловитовъ, въ Журналѣ гражд. и уголовн. права.
[2]) Въ Mündlichk. S. 266.

безпристрастія и независимости положенія судьи, въ отношеніи органовъ административной власти [1]).

Таковымъ былъ кодексъ 1808 г., вошедшій, въ качествѣ образца, въ огромное большинство старыхъ кодексовъ Европы, и лишь послѣднее время создало активное движеніе въ сторону возможно большаго приближенія процессовъ къ типу чисто обвинительнаго производства. Особенно большіе успѣхи сдѣлалъ въ этомъ направленіи австрійскій уголовный уставъ 1873 г. и, хотя въ значительно меньшей мѣрѣ, идущій за нимъ уголовный кодексъ Германской имперіи 1877 года. Обвинительныя начала выражаются ст. 151-й герм. уст., требующей «для начатія преслѣдованія—необходимость возбужденія обвиненія», ст. 2-й австрійскаго устава, постановляющей, что «судебное преслѣдованіе дѣянія, подлежащаго наказанію, производится лишь по ходатайству обвинителя». Объ этомъ же гласитъ ст. 152-я у. у. с. Герм. «Прокурорскій надзоръ обязывается, при наличности достаточныхъ фактическихъ основаній, выступать по поводу каждаго дѣянія, подлежащаго судебному преслѣдованію». Въ качествѣ коррективовъ возможнаго пассивнаго отношенія прокурора созданы были рейхстагомъ статьи 169-я и 175 у. у. с., предоставляющія потерпѣвшимъ возбуждать обвиненіе въ случаѣ отказа публичнаго обвинителя это сдѣлать, и близкія къ этому постановленію кодекса ст. ст. 48 и 49 австрійскаго у. у. с. [2]).

Движеніе юридической мысли въ этомъ направленіи было столь сильно, что уже съ 17-го ноября 1877 г. во Франціи былъ представленъ проектъ реформы предварительнаго слѣдствія, которое проходило послѣдовательно черезъ легислатуры въ 1885, 1887, 1891, 1894 и 1895 г. г., пока, наконецъ, 8-го декабря 1897 г. не стало дѣйствующимъ закономъ. Крупнѣйшимъ отличіемъ проекта является допущеніе защиты въ предварительномъ слѣдствіи, правда съ очень значительными ограниченіями, но однако же съ предоставленіемъ защитѣ права присутствовать при всѣхъ допросахъ обвиняемаго, и разрѣшеніемъ защитѣ знакомиться съ документами по дѣлу и сноситься съ обвиняемымъ.

Но все это могучее движеніе имѣетъ своей наиболѣе далекой цѣлью полное проведеніе въ жизнь обвинительныхъ началъ такими, какъ они создались въ Англіи. Объ этомъ чаялъ еще Миттермайеръ въ своихъ замѣчательныхъ изслѣдованіяхъ, посвященныхъ изученію англійскаго процесса. До сихъ поръ основныя формы британскаго суда являются почти идеальнымъ образцомъ для всякаго, стремящагося проводить въ процессѣ, съ возможной полнотой, обвинительныя начала [3]) Существенная особенность англійскаго законодательства заключается въ отсутствіи института публичныхъ обвинителей, какъ мы это видимъ на континентѣ, который замѣняется тамъ правами каждаго гражданина привлекать къ отвѣтственности преступника, независимо отъ того—является ли онъ потерпѣвшимъ или нѣтъ. У англичанъ этотъ вопросъ разрѣшенъ совершенно такъ, какъ это было въ старомъ афинскомъ порядкѣ суда (объ этомъ выше)

---

[1]) Ceux de 1808 et 1810 au lieu de continuer ce perfectionnement, au lieu même de nous laisser stationnaires, nous ont fait rétrograder; une seule idée a présidé à leur redaction, celle de rendre le gouvernement maître, de tous les jujements et par conséquent de toutes les vies et de toutes les libertés. Beranger—De la justice... p. 3.

[2]) Объ этомъ же ст.ст. 109 и 227 Австр. уст. уг. с. и 154, 160 ч. II, 178 и 200 Герм. уст. и ст. 88, 92, 211, 214 и 225 Австр. уст. Аналогично постановленіе ст. 2 и ст. 42 Итальянск. уст. и ст. 510, 514, 517, 737—740 нашего устава.

[3]) Объ этомъ Глязеръ, Объ Англійскомъ правѣ. Prins—Etude comparative sur la procédure pénale à Londres et en Belgique. Bruxelles 1879. Franqueville—La système judiciaire de la Grande Bretagne 1893. Миттермайеръ - Уголовн. судопр. въ Англіи, Шотландіи и Сѣверной Америкѣ, 1864 г., его же—Законодательство и юрид. практ. и его же—Судъ присяжн. въ Европѣ и Америкѣ (Стифенъ—Угол. судопр. вообще и въ Англіи въ особен. 1886 г.).

и совершенно такъ же, какъ у афинъ, права частныхъ лицъ по проведенію преслѣдованія преступныхъ дѣяній абсолютно равны. Очень часто цѣлыя корпораціи, имѣющія въ этомъ дѣлѣ интересъ, выступаютъ черезъ представителя, или полиція черезъ подставное лицо ведетъ сама процессъ.

Самодѣятельная способность общества, самому удовлетворять важнѣйшія жизненныя потребности, выступаетъ съ особенной энергіей въ порядкѣ суда. Тамъ существуютъ общества для преслѣдованія конокрадовъ и общества для преслѣдованія сочиненій, оскорбляющихъ общественную нравственность, общества банкировъ для открытія поддѣлки кредитныхъ бумагъ, общества докторовъ для обнаруженія мошенничества и невѣжества въ леченьѣ и т. д. Предоставляя столь широкія полномочія частнымъ лицамъ, по возбужденію обвиненія, государство, по необходимости, должно было озаботиться созданіемъ гарантій противъ злоупотребленій. Такими и являются—наиболѣе излюбленный англичанами способъ денежныхъ исковъ, предъявляемыхъ въ гражданскомъ порядкѣ, уголовное преслѣдованіе нарушенныхъ интересовъ правосудія и, наконецъ, вмѣшательство судей, которые по статутамъ 22 и 23-му 1859 г. обязаны наблюдать за законностью причинъ возбужденія преслѣдованія.

Кромѣ того, генералу-атторнею предоставлено право прекращать судебныя дѣла, уже возбужденныя, актомъ «nolle prosequi». Вмѣстѣ съ тѣмъ, обладая всѣми признаками оффиціально преслѣдующей власти, полиція не имѣетъ никакихъ законныхъ преимуществъ. Роль меровъ и шерифовъ, по поддержанію порядка, совершенно не соотвѣтствуетъ правамъ прокурорскаго надзора, ибо за ними не установлено право ex officio возбуждать преслѣдованіе и развивать дѣятельность по обнаруженію преступленія. Коронеръ имѣетъ нѣкоторое весьма отдаленное сходство съ прокуроромъ въ дѣлѣ обнаруженія преступныхъ дѣяній, но и тутъ его дѣятельность ограничивается чрезвычайно узкимъ кругомъ дѣятельности, къ тому же очень быстро уступающей мѣсто спеціальнымъ органамъ суда. Предоставляя гражданамъ право возбуждать преслѣдованіе въ отношеніи всякаго лица, учинившаго преступное дѣяніе, въ то же самое время законъ не обязываетъ, а администрація не вынуждаетъ принудительной необходимости выступать обвинителями по уголовнымъ дѣламъ. Генералъ-атторней въ этомъ отношеніи не составлялъ исключенія, ибо законъ ничего не предписываетъ ему въ этомъ отношеніи, да и, будучи логичнымъ, преимуществъ никакихъ не даетъ, за исключеніемъ права нѣкотораго рода преступныя дѣянія передавать на разсмотрѣніе суда, безъ предварительныхъ приговоровъ, болѣе ускоренно. Это обстоятельство является вполнѣ логичнымъ выводомъ изъ того основного положенія, что всякій prosecutor, хотя бы и поддерживалъ частный интересъ, выступаетъ отъ имени короны и, такимъ образомъ, дѣйствуетъ отъ лица государства.

Прихотливость послѣдствій вытекающихъ для общаго порядка изъ случайности обвиненія, связаннаго въ своемъ возникновеніи лишь съ доброю волей гражданъ, вынудила правительство издать prosecution of offences отъ 3-го іюля 1879 года, установивъ въ немъ нѣкоторое подобіе оффиціальнаго обвиненія. На основаніи ст. 42 и 43 гл. 22 этого закона, особыя должностныя лица должны выступать съ обвиненіями по важнѣйшимъ дѣламъ, но вслѣдствіе очень небольшого числа такихъ лицъ, всего шести, порядокъ мало измѣнился. Атторней, поддерживающій обвиненіе, обычно бываетъ клеркомъ мирового судьи и, являясь обвинителемъ, дѣйствуетъ въ процессѣ совершенно такъ, какъ представитель гражданскаго истца въ общегражданскомъ судѣ. Предварительный арестъ допускается въ отношеніи личности подсудимаго лишь подъ единственнымъ предлогомъ—обезпеченія явки его къ разбирательству дѣла въ судъ, но подсудимаго обязаны освобождать на поруки по дѣламъ о misdemeanors, felonies и treason.

Самое понятіе предварительнаго слѣдствія, столь опредѣленное въ континентальныхъ странахъ, не имѣетъ даже надлежащаго термина въ англійскомъ процессѣ. Вели-

чавое положеніе личности въ государствѣ опредѣляетъ всю систему дѣйствій по преданію суду и тотъ порядокъ производства, который нѣсколько соотвѣтствуетъ континентальному предварительному слѣдствію и, по мнѣнію виднѣйшихъ англійскихъ ученыхъ, имѣетъ единственной цѣлью интересы обвиняемаго, ибо судебное содержаніе подъ стражей возможно только послѣ уясненія обстоятельствъ дѣла передъ мировымъ судьей [1]). Мировые и полицейскіе судьи или дѣйствуютъ по дѣламъ имъ подвѣдомственнымъ, рѣшая дѣла по существу, предоставляя сторонамъ средства выясненія истины, или по дѣламъ высшей подсудности, гдѣ дѣятельность ихъ преслѣдуетъ троякія задачи: 1) предоставить обвиняемому выяснить вполнѣ характеръ собранныхъ противъ него обвинителемъ доказательствъ, 2) для суда—уясненія правовыхъ послѣдствій, вытекающихъ изъ развертывающейся передъ нимъ борьбы сторонъ, и 3) для юридической сферы публичныхъ правъ личности [2]).

Значеніе чрезвычайной близости публичнаго въ тѣсномъ смыслѣ и процессуально-уголовнаго правъ сказывается въ предоставленіи обществомъ, по уголовнымъ дѣламъ, значительно большихъ гарантій личности, нежели въ процессѣ гражданскомъ, несмотря на полное сходство въ существѣ и ходѣ суда. Въ послѣднемъ достаточно присяжнаго объявленія истца о существованіи принадлежащаго ему права иска къ отвѣтчику, чтобы, на основаніи очень стараго law of arrest on mesne prozess, предполагаемый отвѣтчикъ могъ подвергнуться заключенію подъ стражу. Въ силу отсутствія предварительнаго слѣдствія, арестовъ и связанныхъ съ ними гарантій защиты, заключенный по такому дѣлу узнаетъ лишь на судѣ о причинахъ ареста. Понятіе допроса подсудимаго, являющееся центральнымъ пунктомъ континентальнаго предварительнаго слѣдствія, въ Англіи не существуетъ. До XIX вѣка, на основаніи акта Филиппа и Маріи и статута 7-го Георга IV, мировой судья былъ обязанъ допрашивать лицъ, подозрѣваемыхъ въ учиненіи дѣянія felony и misdemeanor, но статуты королевы Викторіи внесли сюда существенную перемѣну. На основаніи статутовъ 11 и 12 гл. 42 § 18, мировой судья ограничивается прочтеніемъ, стоящему передъ нимъ обвиняемому, собранныхъ противъ него показаній свидѣтелей и спрашиваетъ: «не желаете ли вы отвѣтить что либо на обвиненіе, которое вы сейчасъ слышали. Законъ не обязываетъ васъ къ этому: отвѣчать или не отвѣчать—совершенно въ вашей волѣ; но если вы скажете что-либо, то ваши слова будутъ записаны и могутъ послужить доказательствомъ противъ васъ, во время судебнаго разбирательства вашего дѣла». Атторней отбираетъ показанія свидѣтелей обвиненія и обязываетъ ихъ явиться въ судъ, а самую сущность показанія излагаетъ въ формѣ схематической записи, которая и передается адвокату короны въ день суда. Самое предварительное слѣдствіе, соотвѣтствуя духу обвинительнаго процесса, занимаетъ столь второстепенное положеніе, что часто по многимъ преступленіямъ оно совершенно отсутствуетъ, и дѣло прямо попадаетъ въ судъ. Да и обвиняемый можетъ заявить, что свои доказательства онъ представитъ только суду, что часто и дѣлаютъ, чтобы не давать въ руки обвинителя оружіе успѣшной борьбы, при посредствѣ собранныхъ для этого фактовъ. А, кромѣ того, обвиненіе можетъ быть направлено, помимо мирового или полицейскаго судьи, непосредственно большому жюри [3]).

Полицейскій судья завершаетъ предварительное производство или признаніемъ обвиняемаго свободнымъ отъ преслѣдованія (discharge), или передаетъ его суду большого жюри (convicted for trial), или, по просьбѣ обвинителя, пріостанавливаетъ производство для собранія доказательствъ, но, на основаніи ст. 5 и 6 статута Вильгельма IV гл. 16, не болѣе какъ на 8 дней, послѣ чего обвиняемый долженъ быть или освобо-

---

[1]) Объ этомъ Стифенъ, стр. 4 и слѣд.

[2]) Объ этомъ также Миттермайеръ—Угол. судопр. Англіи, Шотл. и Сѣв. Амер., § 10.

[3]) Глязеръ, стр. 120 и 121.

жденъ, или переданъ большому жюри (to remande). Такой извѣстный ученый, какъ Стифенъ, прямо называетъ дальнѣйшую стадію процесса, состоящаго въ обвиненіи большого жюри (и слѣдствіи коронера), не болѣе какъ пустой формальностью, поддерживаемой въ политическихъ интересахъ классовъ, откуда формируются составы присяжныхъ. Вліяніе, хотя бы самомалѣйшее, на ходъ судебнаго слѣдствія, или обвиненія, большое жюри не имѣетъ. Всякій изъ фактовъ, лежащихъ въ существѣ обвиненія, долженъ быть, съ совершенной полнотой, доказанъ на судѣ. Значенію непрерывности придается столь большая роль, что разъ открытое производство суда уже не можетъ быть пріостановлено ни подъ какимъ видомъ и, довольно часто, подсудимый выходитъ изъ суда оправданнымъ потому, что случилось обстоятельство, помѣшавшее представленію въ судъ какихъ-либо важныхъ доказательствъ противъ него.

Вся длинная процедура привода свидѣтелей къ присягѣ, предшествующая въ континентальномъ процессѣ разбору дѣла, въ Англіи часто бываетъ совершенно устранена, ибо подсудимому, при открытіа суда, задается одинъ только вопросъ—признаетъ ли онъ себя виновнымъ. Въ случаѣ утвердительнаго отвѣта, присяжные совершенно не выступаютъ, доказательства не провѣряются и судья самъ постановляетъ рѣшеніе по существу дѣла и примѣняетъ наказаніе. Иногда возможенъ со стороны обвиняемаго отводъ на законномъ основаніи, противъ уголовнаго иска, причемъ, одинъ судья рѣшаетъ его законность и, въ случаѣ ея признанія, производство прекращается (Special pleas). Обвинитель, подъ опасеніемъ отвода, становится особенно осторожнымъ въ формулировкѣ обвиненія, и общее правило континента о поддержкѣ обвиненія всегда по наивысшей мѣрѣ кары тамъ совершенно не можетъ имѣть мѣста [1]). Помимо этого, при началѣ производства, судья предлагаетъ присяжнымъ вопросъ, находятъ ли они составъ преступленія въ инкриминируемомъ подсудимому дѣяніи. Если отвѣтъ отрицательный, производство исчерпано, дѣло прекращено. Извѣстный врачъ Гудъ разсказываетъ, что съ 1838 года въ домѣ умалишенныхъ, которымъ онъ завѣдывалъ, находилось 237 больныхъ, освобожденныхъ отъ суда присяжными на основаніи этихъ предварительныхъ вопросовъ [2]). Если отвѣтъ на вопросъ о виновности отрицателенъ plea not guilti, развертывается вся система суда [3]). Присяжные приводятся къ присягѣ, защитникъ произноситъ вступительную рѣчь и начинается провѣрка доказательствъ, сводящаяся чаще всего къ допросу свидѣтелей. Права обвинителя чрезвычайно широки: онъ можетъ распоряжаться совершенно произвольно выборомъ доказательствъ, суживать границы обвиненія до устраненія нѣсколькихъ преступныхъ дѣяній въ пользу какого-либо одного, онъ одинъ опредѣляетъ часто квалификацію преступнаго дѣянія и признанія за нимъ характера умышленности или неосторожности (manslaughter), корысти или безкорыстныхъ мотивовъ. По выслушаніи рѣчи защитника, обвинитель приступаетъ къ допросу своихъ свидѣтелей, при чемъ основаніемъ правомочія его дѣятельности является единственное требованіе—не подсказывать свидѣтелямъ отвѣтовъ соотвѣтствующими наведеніями при допрашиваніи. По окончаніи допроса свидѣтелей со стороны обвиненія, защитникъ предлагаетъ тѣмъ же лицамъ вопросы, могущіе повлечь отвѣты, выгодные для подсудимаго. Затѣмъ обвинитель подвергаетъ такому же перекрестному допросу свидѣтелей защиты. Обвинитель произноситъ обычно только одну рѣчь, послѣ рѣчи защитника, но если этотъ ему возражаетъ, онъ пользуется правомъ отвѣта (right of reply). Кромѣ того, онъ можетъ возражать и на заключительное слово подсудимаго.

---

[1]) Миттермайеръ—Законод. и юрид. практ., стр. 20.

[2]) Объ этомъ Миттермайеръ, стр. 67 цит. соч.

[3]) Статутъ 28 Викторіи гл. 18.

Предоставленіе права генералъ-атторнею возражать на защитительную рѣчь подсудимаго составляетъ единственное крупное отступленіе отъ обвинительныхъ началъ, проводимыхъ столь блестяще въ англійскомъ судѣ. Этотъ обычай знаменуетъ, подобно біогенитической эволюціи зародыша, промежуточную стадію развитія высшаго образованія изъ низшихъ организмовъ. Уже отмершій порядокъ инквизиціоннаго процесса естественно допускалъ такую дѣятельность судьи, какъ логическое закончаніе ведомаго имъ судебнаго дѣла. Но, конечно, существованіе въ наше время столь страннаго нарушенія права favor defensionis является поразительнымъ противорѣчіемъ со всей системой суда, какъ орудія гуманной защиты личности—центра государственныхъ усилій 19 вѣка.

Это тѣмъ болѣе непослѣдовательно, что требованія, предъявляемыя къ опредѣленію и полнотѣ выводовъ обвинительнаго акта, такъ велики, что, по словамъ Арчбольда [1]), возможно совершенно неожиданное оправданіе изъ-за нѣкоторыхъ, второстепенныхъ подробностей, упущенныхъ въ обвинительномъ актѣ. Несмотря на облегченія, созданныя въ этомъ отношеніи статутами Викторіи въ 1891 г. № 14 и 15, положеніе все же можетъ считаться ненормальнымъ. Напримѣръ, по дѣлу Фроста и герцога Кембриджскаго четвертная сессія кассировала приговоръ потому, что всѣ имена обвиняемыхъ не были полностью приведены въ обвинительномъ актѣ, хотя тождество личностей не возбуждало сомнѣнія [2]) [3]).

По окончаніи возражающей рѣчи обвинителя, судья излагаетъ результатъ выводовъ, полученныхъ на основаніи изслѣдованія судебныхъ доказательствъ и состязательныхъ преній сторонъ. При этомъ вводитъ свое собственное соображеніе касательно доказательной силы фактовъ и возможныхъ отсюда послѣдствій для правовой участи подсудимаго, но дѣлаетъ это строго объективно. Послѣ этого наставленія, имѣющаго для присяжныхъ чрезвычайно важное значеніе, слѣдуетъ вердиктъ и постановленіе приговора судьею. Кассаціонный порядокъ является столь второстепенной принадлежностью суда, что кассація допускается по совершенно дискреціонному усмотрѣнію судьи и никакими формальностями въ законѣ не очерчена. Процессъ знаменуетъ величайшую независимость всѣхъ участвующихъ въ дѣлѣ дѣятелей судопроизводства. Судья, присяжные, обвинитель, защитникъ, большое жюри,—всѣ совершенно самостоятельны и не подчинены въ отношеніи другъ друга.

Таковъ, въ общихъ чертахъ, этотъ замѣчательный типъ обвинительнаго процесса, имѣющій за себя многія, великія преимущества. Гарантіи личности при немъ чрезвычайно велики, самодѣятельность сторонъ, давая могучій импульсъ заинтересованнымъ лицамъ, повышаетъ энергію общественной жизни, заставляя гражданъ дѣятельно участвовать въ поддержаніи общественнаго мира. Отсутствіе оффиціальной обвинительной власти избавляетъ судъ отъ тягостной подчасъ зависимости и сообщаетъ суду высокую безстрастность въ руководствѣ борьбою сторонъ. Но въ Англійскомъ процессѣ есть чувствительные недостатки. Это, во-первыхъ, отсутствіе оффиціальной защиты и затѣмъ крайнее нарушеніе равенства сторонъ тѣмъ, что суду предоставляется право подвергать принудительной явкѣ на судъ лишь свидѣтелей обвиненія, тогда какъ въ отношеніи защиты—явка ихъ совершенно факультативна. Обстоятельство это очень часто лишаетъ подсудимаго возможности воспользоваться драгоцѣннѣйшими для него показаніями, могущими совершенно измѣнить ходъ дѣла. И, наконецъ, отсутствіе права до-

---

[1]) Въ его соч. «Criminal Pleading»,

[2]) Стифенъ, стр. 33.

[3]) Въ Шотландіи, для установленія полнаго равенства сторонъ, обвинительный актъ сообщается подсудимому за 14 дней до дня засѣданія суда и ему указываются всѣ данныя, которыми обвинитель думаетъ воспользоваться для обвиненія.

проса подсудимаго часто предоставляетъ ему вмѣсто гарантій совершенно напрасное ухудшеніе участи, ибо онъ совершенно не въ состояніи бываетъ изложить связно ходъ событій, доказывающій абсолютную непричастность его къ учиненному дѣянію, а наводящіе вопросы судьи какъ разъ не имѣютъ мѣста. Благородная роль судьи, защитника и охранителя обвиняемаго, какъ члена общества и гражданина государства, тускнѣетъ и стирается передъ формальной неподвижностью правила, неспособнаго улечься въ складки безконечно прихотливой конфигураціи жизненныхъ событій. Помимо всего, отсутствіе оффиціальнаго обвинителя часто влечетъ за собою безнаказанность преступленій, въ силу-ли общественной инерціи, или господства предразсудковъ, не находящихъ преслѣдователя среди гражданъ.

Таковы принципы, лежащіе въ существѣ этихъ двухъ громадныхъ порядковъ судебной жизни человѣчества въ ихъ современномъ догматическомъ состояніи. И несмотря на всю очевидность гарантій, сопряженныхъ съ системой обвинительнаго процесса, уже при началѣ его введенія на континентѣ была замѣчена его гораздо большая суровость въ сравненіи съ результатами предыдущаго розыскного. Миттермайеръ съ особенной настойчивостью обратилъ вниманіе на тотъ фактъ, что среди лицъ, близкихъ къ возможности очутиться подъ судомъ, онъ возбуждалъ особенныя нареканія. Тоскана, Неаполь и Парма—первыя въ Италіи, перешедшія на новый процессъ, сейчасъ же отмѣтили значительное возрастаніе обвинительныхъ приговоровъ. Напротивъ, въ частяхъ страны, гдѣ оставались старые судебные порядки, безсиліе юстиціи въ раскрытіи истины было очевиднымъ фактомъ. За промежутокъ 1829—40 г. въ Ломбардіи уголовная статистика отмѣтила слѣдующія цифры: изъ 21.665 лицъ представшихъ передъ судомъ, 12.203 были осуждены, 999 оправданы и 8.386 освобождены отъ суда, за недостаточностью доказательствъ [1]).

Въ дѣйствительности, существо обвинительнаго процесса, въ томъ видѣ, какъ онъ намѣтился на основаніи изученія исторіи и его догматическаго положенія въ Англіи, въ принципѣ возбуждало гораздо больше споровъ по незнанію истиннаго существа оспариваемыхъ положеній, нежели отъ дѣйствительнаго положенія вещей. Начиная съ половины 18 вѣка, страстные споры сторонниковъ и противниковъ этихъ двухъ началъ вращались въ заколдованномъ кругѣ. Юридическая мысль, въ которой, особенно во времена Беккарія, преобладали публицистическіе мотивы, доказывала не соотвѣтствіе новыхъ формъ процессуальной жизни общественнымъ потребностямъ времени, а обрушивалась гораздо болѣе на пороки розыскного порядка. Даже выдающіеся умы не знали исключенія, таковы, напр., Мезеръ въ своихъ многочисленныхъ сочиненіяхъ доказывавшій болѣе вредъ инквизиціонной процедуры, нежели соотвѣтствіе интересамъ личности и государства, введенія обвинительнаго начала.

Въ свою очередь защитники оффиціально господствующей системы розыска не сумѣли отличить обвинительное начало отъ права преслѣдованія частными лицами и полагали конечное паденіе существующаго порядка, съ устраненіемъ оффиціальнаго преслѣдованія преступленій, принципъ котораго, по ихъ мнѣнію, былъ лишенъ обвинительный процессъ [2]). Кестлинъ, напримѣръ, полагалъ невозможнымъ существованіе публичнаго обвинителя при системѣ обвинительнаго процесса и до конца не убѣдился въ совершенной ненужности такого отождествленія, а Цахаріе, въ свою очередь, сводилъ всѣ отличія обвинительной системы суда къ борьбѣ равнымъ оружіемъ, соперничающихъ въ отстаиваніи истины, сторонъ [3]).

---

[1]) Mündlichkeit и т. д. S. 253.

[2]) Объ этомъ Таганцевъ, стр. 104 ч. II и Миттермайеръ—Зак. и юрид. практ., стр. 153 и слѣд.

[3]) Объ этомъ Миттермайеръ—Закон. и юрид. практ., стр. 221.

На самомъ дѣлѣ введенію обвинительнаго начала въ кодексѣ всѣхъ государствъ Европы способствовало прежде всего опредѣлившееся положеніе личности, какъ центральнаго фокуса, притягивавшаго къ себѣ всѣ усилія юридической и политической мысли 19 вѣка. Потому то кодексы, которые съ внѣшней стороны, такъ сказать, исполнены обвинительнаго начала, а съ внутренней—дѣлаютъ личность игралищемъ оффиціально представленной государственной силы, встрѣчаютъ всегда глубокое недовѣріе въ наиболѣе блестящихъ мыслителяхъ юристахъ. Достаточно указать Типпелькирха, Миттермайера, Феербаха [1]) въ Германіи [2]) [3]), Беранже, Эли, Требюсьена во Франціи, чтобы понять, что введеніе полноты обвинительнаго начала возможно лишь тогда, когда основные принципы обвинительнаго процесса развернутся во всемъ своемъ объемѣ. Они сведутся тогда не только къ полному уравненію правъ личности и государства, съ удаленіемъ всякихъ обвинительныхъ функцій отъ суда, но помимо того, могущественное проявленіе человѣчности и высшей примиряющей справедливости, вскрывающейся въ процессѣ, получатъ проведеніе въ жизнь въ торжествѣ гуманнаго начала [4]). Начала эти, проникающія историческую толщу англійскаго процесса, выразились съ одной стороны внесеніемъ общественнаго мнѣнія въ залъ суда, въ видѣ присяжныхъ, съ другой—въ провозглашеніи благороднѣйшаго принципа, защиты судьей обвиняемаго. Старинная англійская поговорка «the judge is the counsel of prisoner» лучше всего символизуетъ эту вторую половину истинной сущности обвинительнаго процесса. Миттермайеръ, въ своемъ замѣчательномъ сочиненіи «Угол. судопр. въ Англіи, Шотландіи и Сѣверной Америкѣ» [5]) указываетъ, что въ Англіи, равно какъ и въ Сѣверной Америкѣ, основнымъ принципомъ суда признана человѣчность отношеній къ подсудимому и предоставленіе ему наибольшей свободы въ защитѣ. Замѣчательныя слова коммисіи по составленію кодекса для Ньюіорка служатъ полнымъ воплощеніемъ этихъ идей. «Нравственная сила наказанія зависитъ не столько отъ строгости самой кары, сколько отъ увѣренности, что оно опредѣлено согласно требованіямъ свободныхъ учрежденій и по предоставленіи обвиняемому всѣхъ возможныхъ средствъ къ защитѣ [6]) [7])».

Но если мы, какъ это указано было выше, введемъ въ основные признаки обвинительнаго процесса, между прочимъ, совершенную изоляцію суда отъ всякихъ обвинительныхъ функцій и передачу обвиненій въ руки представителя общественной власти или частныхъ лицъ, намъ придется считаться съ двоякими задачами процесса—раскрытіемъ существа преступнаго дѣянія во всемъ объемѣ, путемъ юридической анатоміи судебнаго слѣдствія, и установленіемъ возможности возникновенія послѣдняго, вчинаніемъ и проведеніемъ преслѣдованія передъ судомъ.

Противорѣчивыя требованія единственнаго искателя истины, смыкаясь въ розыскномъ процессѣ суда съ личностью судьи, дѣлали положеніе его невозможнымъ. Попавъ въ центръ вихрящихся фактовъ дѣйствительности, онъ терялся въ рѣшеніи непримиримой противоположности, борьбы съ обвиняемымъ и способствованія его защитѣ [8]). Поэтому всѣ требованія инквизиціоннаго процесса къ гуманной защитѣ личности были пустой игрой словъ. Пусть ст. 47-я «Каролины» почти буквально повторяла благороднѣйшіе принципы Англійскаго суда—благожелательнаго обвиненія, пусть наше зако-

[1]) Betrachtungen über die Oeffentl...

[2]) Motivenb. der reg. zum Entv. der Strafprozessordn. von 23 Mai 1873.

[3]) Въ новѣйшее время, интересны отзывы въ мотивахъ къ ст. 2 Австр. у. у. с. 1873 года.

[4]) Объ этомъ Feuerbach—Mündl. S. 6 и слѣд.

[5]) Стр. 43.

[6]) Fourt Report of the commissioners on practice and pleadings 1849 p. XXXIV, заимствовано у Миттермайера.

[7]) Миттермайеръ—Угол. судопр. Англіи, Шотл..., стр. 48.

[8]) Leue цит. соч. S. 83—85.

нодательство Петра I требуетъ съ особливой осторожностью относиться къ обвиненію, «понеже есть лучшедесять виновныхъ освободить, нежели одного невиннаго къ смерти приговорить», самое смѣшеніе функцій преслѣдованія и суда безповоротно превращало судъ въ травлю. Основныя тяготѣнія процесса нашего времени направлены именно къ тому, чтобы удалить судъ отъ всякаго участія въ борьбѣ, сдѣлавъ его машинообразнымъ стражемъ истины, справедливости и закона [1]). Вся преслѣдовательная дѣятельность выдѣляется въ самостоятельный организмъ и веденіе судопроизводства ограничивается лишь юридическимъ анализомъ самыхъ дѣяній, которыя публичный обвинитель предложитъ ихъ разсмотрѣнію.

Здѣсь выступаетъ новое требованіе отъ обвинительнаго порядка суда: не органической связанности всѣхъ органовъ судопроизводства, а самостоятельной независимости функцій каждаго изъ нихъ, съ установленіемъ идейной связи, посредствомъ стремленія къ возстановленію нарушенной справедливости и отысканію истины, верховнаго кормчаго всѣхъ его усилій [2]). «Прокуроръ предъявляетъ требованія, судья ихъ разрѣшаетъ, одинъ вызываетъ слѣдственныя дѣйствія, другой ихъ производитъ». Это предполагаетъ полную самостоятельность суда въ квалификаціи юридическихъ дѣяній, переданныхъ ему публичнымъ обвинителемъ, и независимость отъ послѣдняго при рѣшеніи дѣла по внутреннему убѣжденію суда [3]) [4]). Указанная же необходимость выдѣленія самостоятельнаго органа преслѣдованія предполагаетъ возникновеніе судебной процедуры лишь въ зависимости отъ наличности обвинителя, «kein Kläger—kein Richter», по германской поговоркѣ.

Обвинительная власть выступаетъ на судѣ какъ самостоятельная величина процессуальнаго порядка, независящая отъ судейскихъ воззрѣній, поэтому возможенъ отказъ отъ обвиненія, во всякій моментъ процесса, какъ это и дѣлается въ Англіи и Америкѣ. Это тѣмъ болѣе важно, что, какъ это ясно показываетъ таблица вспомогательныхъ обвиненій, составленная Сюэссомъ, почти вся тяжесть проведенія уголовнаго преслѣдованія ложится на континентѣ на прокурора [5]). И наконецъ, обвинительный принципъ обязываетъ судъ быть вполнѣ инертнымъ даже и тогда, когда обвинитель явно не умѣетъ распоряжаться своимъ матеріаломъ [6]).

Служеніе суда однимъ интересамъ справедливости, выше всякихъ соображеній, вызываетъ противопоставленіе на вѣсахъ Фемиды личности государству и равенства ихъ передъ независимымъ, безстрастнымъ слугой слѣпой богини. Отсюда равенство сторонъ, освѣдомленность обвиняемаго обо всѣхъ доказательствахъ, имѣющихся противъ него въ распоряженіи суда, возможность бороться равнымъ оружіемъ съ момента возбужденія преслѣдованія и, стало быть, въ отвѣтъ на спеціальныя знанія обвинителя, выдвигается юридическая подготовка формальной защиты. Далѣе слѣдуютъ: изслѣдованіе истиннаго существа дѣла лишь на судебномъ слѣдствіи, приговоръ суда, долженствующій быть ограниченнымъ предѣлами требованій обвинителя, чѣмъ и исчерпывается чисто юридическая сторона вопроса.

Но зато соціальная сторона предполагаетъ введеніе началъ уголовной политики, въ видѣ гласности, какъ орудія общественнаго контроля, непосредственности и устности, какъ результата внутренняго убѣжденія, послѣдняго какъ принципа довѣрія гражданъ

---

[1]) Объ этомъ Владиміровъ—Судъ присяжныхъ.

[2]) Объ этомъ Эли т. II-й стр. 104 № 2064.

[3]) Объ этомъ же Mangin, т. I стр. 15 и слѣд.

[4]) У Сергѣевскаго—Инст. госуд. обвинит. въ Австр. проц. Журн. гр. и уг. пр. № 1-й, 1878 г. стр. 84 и слѣд.

[5]) Объ этомъ Suess—Die Stellung der Parteien im modernen Strafprozess 1898, стр. 73.

[6]) Объ этомъ Муравьевъ—Прокур. надзор. въ его устр. и дѣят. 1889 г., стр. 32 и слѣд.

къ власти, и власти къ суду. Отсюда же истекаетъ независимость суда въ послѣднемъ счетѣ, какъ гарантія личности, предположеніе обвиняемаго невиннымъ, доколѣ противникъ точно не доказалъ обратнаго, какъ уваженіе къ законнымъ мотивамъ гражданской дѣятельности, участіе народа, какъ политическій институтъ, сближающій общественное мнѣніе съ закономъ. И въ послѣднемъ счетѣ, обращеніе всѣхъ юридическихъ функцій и сомнѣній въ пользу обвиняемаго, какъ результатъ послѣдняго по времени и главнѣйшаго принципа нашего вѣка, торжества гуманности и расширенія чувства общечеловѣческихъ симпатій. Въ германскомъ уставѣ favor defensionis проявляется въ ст. 347, 377 и 378 у. у. с., ограничивающихъ право обвинителя на обжалованіе приговора, и такимъ образомъ предоставляющихъ обвиняемому преимущества относительно поводовъ къ ревизіи производства въ его пользу. Ст. 343 того же устава предоставляетъ прокурору право протеста въ пользу отмѣны приговора, въ интересахъ обвиняемаго. Таково же значеніе и друг. ст., на основаніи которыхъ суды, при разсмотрѣніи обжалованія приговоровъ, дѣйствуютъ, отступая отъ началъ относительной законной силы, въ пользу обвиняемаго. Это же законодательство наравнѣ съ французскимъ закономъ 8 декабря 1897 г. предоставляетъ обвиняемому всѣ права стороны, уже на стадіи предварительнаго слѣдствія.

Въ нашемъ правѣ таково значеніе рѣшенія Сената 1871/153, въ которомъ прокурору предоставлено право принесенія отзыва на назначеніе подсудимому кары, по тягости превосходящей его вину [1]). По глубоко вѣрной мысли Глязера, основныя задачи нашего времени—«сохранить подъ обвинительной формой великое содержаніе слѣдственнаго принципа» [2]). Въ этомъ отношеніи всѣ реформы процесса должны направляться въ эту сторону, ибо лишь при наличности названныхъ особенностей окажется возможно исполненіе цѣли нашей цивилизаціи,—развитіе личности и охраненіе порядка.

Въ нашемъ законодательствѣ, тѣ же основные принципы были положены въ основу предполагаемой реформы. Соединенные департаменты Государственнаго Совѣта въ 1862 г. [3]) находили, что «обязанность непосредственнаго участвованія въ возбужденіи дѣлъ уголовныхъ, и тѣмъ болѣе въ распоряженіяхъ по розыску преступленій и преслѣдованію виновныхъ, очевидно, несовмѣстна съ призваніемъ суда»... Затѣмъ, соединенные департаменты устанавливали въ качествѣ основныхъ началъ, что «власть обвинительная должна быть отдѣлена отъ судебной, что власть судебная отправляется передъ судебными мѣстами безъ всякаго участія властей административныхъ, что съ практикой начала личнаго убѣжденія судей сдѣлается ощутительной потребность въ правильной организаціи не только обличительной власти, но также и средствъ законной защиты, для лицъ, состоящихъ подъ слѣдствіемъ и судомъ». Аналогичныя, какъ сказано выше, положенія содержатся въ сборникѣ законод. работъ по составленію военно-судебнаго устава, гдѣ эти соображенія изложены съ не меньшей основательностью, въ особенности въ отношеніи соотвѣтствія принятыхъ обвинительныхъ началъ сохраненію дисциплины въ войскѣ [4]).

Но принятіе этихъ основныхъ началъ въ систему законодательства отнюдь не знаменовало чистое проведеніе обвинительнаго начала, въ логическомъ направленіи, до конца. Уже соединенные департаменты предоставили право возбуждать преслѣдованіе не только частнымъ лицамъ, помимо прокурора, но и судебному слѣдователю, и адми-

---

[1]) Объ этомъ Миттермайеръ, Законод. и юридич. практ., стр. 230, 231 и его же Угол. судопр., стр. 107. (Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 442 и 441) и Servan цит. соч. р. 32, 33.

[2]) Holtzendorf—Handbuch, S. 50 и слѣд. очень вѣрно говоритъ о проведеніи обвинительнаго принципа въ Англійскомъ судѣ. Ч. I, 1879.

[3]) Стр. 171, 173 и слѣд.

[4]) Объ этомъ Сборникъ законодат. работ. по составл. военно-судебн. уст. 1867, стр. 13, 25, 27, а въ догмѣ выражено въ ст. 213 и 930.

*

нистративнымъ властямъ [1]). При проведеніи же основныхъ принциповъ въ дѣйствующее право оказалось еще болѣе отклоненій отъ основныхъ началъ состязательности и процессъ, вопреки принятымъ за основаніе идеаламъ, оказался подобіемъ общаго континенту, смѣшаннаго образца съ большимъ преобладаніемъ розыскныхъ началъ. Сообщая судебному слѣдствію значеніе только провѣрки матеріаловъ предварительнаго производства, въ которомъ прокуратура играетъ колоссальную роль, законодательство ставитъ неразрѣшимую дилемму согласованія обвинительнаго и слѣдственнаго началъ, въ которыхъ то одно, то другое господствуетъ другъ надъ другомъ. Вводя дискреціонный элементъ усмотрѣнія въ ст. 42 п. 3 и 297 п. 5 въ дѣлѣ возбужденія обвиненія, оно воспроизводитъ въ сущности старый слѣдственно-розыскной порядокъ, съ улучшеніемъ лишь въ области чисто формальной. Ст. 529, 530 и 277 вводятъ чисто ревизіонную систему перехода дѣлъ по инстанціямъ. Тотъ же розыскной порядокъ господствуетъ и въ вопросѣ о преданіи суду, изложенномъ въ ст. 523, 524, 525; отсутствіе же защиты на предварительномъ слѣдствіи, полное устраненіе гласности и, практически проведенная, зависимость слѣдователя отъ прокурорской власти дополняетъ картину существованія розыскного начала.

Положеніе личности въ процессѣ также не достаточно соотвѣтствуетъ принятію обвиненія за основаніе суда. Какъ и во французскомъ образцѣ до реформы 8 декабря 1897 г., центральнымъ пунктомъ предварительнаго слѣдствія является допросъ подсудимаго, вызывающій такой ужасъ у англійскихъ процессуалистовъ. Обвиняемый, также какъ и во французскомъ образцѣ, становится объектомъ исканія истины, во что бы то ни стало, а на судебномъ слѣдствіи прокуроръ развертываетъ въ обвинительномъ актѣ данныя предварительнаго производства, выдвигая въ немъ аргументы, добытые изъ письменныхъ свѣдѣній по дѣлу.

Но, попутно съ этимъ, мы находимъ въ процессѣ и рядъ состязательныхъ принциповъ, лучше проведенныхъ и полнѣе воспроизведенныхъ, нежели въ французскомъ оригиналѣ. Власть предсѣдателя имѣетъ чисто подзаконный характеръ, гораздо болѣе сближающій его съ англійскимъ судьей, нежели съ французскимъ президентомъ. Ст. 612 является благороднѣйшимъ воплощеніемъ стремленія закона сдѣлать судью первымъ защитникомъ обвиняемаго. Прокуроръ и обвиняемый признаются сторонами въ процессѣ. По разъясненію Сената, прокуроръ признается стороной на судебномъ слѣдствіи по всѣмъ обстоятельствамъ дѣла, относящимся до его существа. Таковыми Сенатъ признаетъ разнорѣчивыя показанія свидѣтелей, ст. 627, рѣшеніе 1869/353, удовлетвореніе требованію сторонъ относительно постановки присяжнымъ дополнительныхъ вопросовъ 1868/489 и т. д. Далѣе слѣдуютъ допущенія формальной защиты на судебномъ слѣдствіи ст. 90, 557, 566, у. у. с., признаніе сторонъ равными, ст. 92, 630, 100. Начало интересовъ обвиняемаго проявляется въ предоставленіи ему обязательнаго права послѣдняго слова, отказъ въ которомъ, по разъясненію Сената, является поводомъ къ кассаціи производства, ст. 166, 748 и, наконецъ, въ устраненіи ревизіоннаго порядка пересмотра приговоровъ, постановленныхъ судами по существу дѣла. Многочисленныя отступленія отъ обвинительныхъ началъ военно-судебнаго устава объясняются главнымъ образомъ требованіями дисциплины, а потому объ нихъ я буду говорить при анализѣ основныхъ принциповъ въ отдѣльности.

---

[1]) Объ этомъ журн. соед. деп., стр. 174.

Глава X.

Переходя къ деталямъ разсмотрѣнія основныхъ принциповъ обвинительнаго суда, я буду пользоваться, при разсмотрѣніи этихъ послѣднихъ, тѣмъ же методомъ, какой положенъ въ основу настоящей работы. Однимъ изъ основныхъ началъ обвинительнаго процесса является гласность. Посмотримъ, какіе выводы можно сдѣлать изъ ея признанія, и какую роль она должна играть въ установленіи правильной системы состязательнаго суда. Я начинаю анализъ этого понятія первымъ среди всѣхъ остальныхъ, потому, что въ системѣ великихъ реформъ въ уголовномъ судѣ новѣйшаго времени понятіе публичности производства имѣло едва ли не рѣшающее значеніе. По крайней мѣрѣ для Германіи и Франціи, важнѣйшихъ странъ западно-европейскаго континента, это было такъ. Увлеченіе началами гласности было столь сильно, что появились предостерегающіе голоса. Идеи великаго соціально-политическаго переворота, идущаго въ Европѣ въ первую половину 19 вѣка, опьяняли современниковъ и, среди основныхъ понятій новаго суда—устности, обвинительнаго производства, присяжныхъ и публичности, вошедшихъ въ европейскую жизнь на штыкахъ французскихъ войскъ, или перешедшихъ границу вмѣстѣ съ пропагандой французскихъ эмиссаровъ, наибольшій успѣхъ и вмѣстѣ съ тѣмъ сильнѣйшее вліяніе оказала гласность. Глязеръ полагаетъ въ своемъ замѣчательномъ руководствѣ къ уголовному процессу, что только обвинительное начало имѣетъ существенное значеніе,. всѣ же остальныя, въ сравненіи съ этимъ, имѣютъ скорѣе наружное вліяніе. Онъ объясняетъ далѣе ихъ популярность и страшный успѣхъ какъ разъ тѣмъ, что, не касаясь существа задачъ уголовнаго суда, они импонировали толпѣ и, не требуя особой вдумчивости, сосредоточивали вниманіе массъ, дѣлая для нихъ новый судъ гораздо болѣе откровеніемъ иной вѣры, нежели научнымъ обоснованіемъ новаго знанія [1]). При этомъ, вышеупомянутый ученый находитъ самымъ малымъ по значенію для хода суда какъ разъ то, что имѣло наибольшій успѣхъ—именно публичность производства. Онъ полагаетъ, что вводя въ значеніе публичности признакъ общественнаго контроля, мы допускаемъ предположеніе чрезвычайно оскорбительное для самого отправленія правосудія, ставя судью подъ надзоръ публики, часто невѣжественной. Замѣчательно, что тотъ же Глязеръ, нѣсколькими десятками страницъ позже, буквально говоритъ слѣдующее: «достиженіе конечной цѣли правосудія возможно только при помощи публичности» [2]) [3]).

Я привелъ мнѣнія названнаго ученаго по этому вопросу потому, что они чрезвычайно характерны. Являясь безспорно однимъ изъ самыхъ замѣчательныхъ процессуаловъ Австріи и Германіи, Глязеръ не избѣгаетъ противорѣчія по самымъ кардинальнымъ вопросамъ обвинительнаго суда, высказывая совершенно противоположныя мысли.

---

[1]) Объ этомъ Глязеръ, стр. 172—173. I.

[2]) Ч. I, стр. 210.

[3]) Въ то же время у французовъ, гдѣ общественная жизнь получила гораздо большее примѣненіе, развилось и значительно раньше, чѣмъ въ центральной Европѣ, понятіе гласности получило надлежащую оцѣнку. Не приводя уже цитированнаго мѣста Beranger, достаточно сослаться на самаго блестящаго изъ французскихъ процессуалистовъ Helie, который признаетъ за нею рѣшающее значеніе въ процессѣ: «При широкомъ примѣненіи гласности, всѣ эти формы (процессъ), въ чемъ бы онѣ ни заключались, представляются какъ бы установленіями второстепенной важности» t. VII № 3396 стр. 475. Эли даже полагаетъ, что законы 1539 и 1670 годовъ такъ неестественно быстро исчезли со сцены потому, что они отмѣнили гласность. Объ этомъ же Миттермайеръ, стр. 27, законод. и юрид. практика.

На самомъ дѣлѣ публичность дѣйствительно можетъ быть признана основнымъ, важнѣйшимъ понятіемъ новаго судопроизводства. Достаточно приложить сюда критерій отношенія къ ней формы процесса, какъ это сразу становится яснымъ. Судоустройство и судопроизводство немедленно существенно измѣняются въ своемъ внутреннемъ содержаніи и внѣшнихъ формахъ, какъ только появляется публичность. Здѣсь, какъ бы измѣняется кореннымъ образомъ міросозерцаніе процесса. Онъ наполняется новыми идеями, вводитъ иные факты, предлагаетъ существенно отличные методы для изслѣдованія истины, для государства и личности, народа и суда. Это тѣмъ болѣе очевидно, что ни одна изъ существенныхъ сторонъ обвинительнаго процесса не можетъ быть разсматриваема внѣ сравненія и связи со всѣми прочими подобно тому, какъ органъ не можетъ быть выдѣленъ изъ системы организма.

Но это признаніе дѣлается обязательнымъ лишь тогда, когда мы допустимъ необходимость изученія всякаго юридическаго признака состязательнаго процесса еще и какъ фактъ и дѣятеля, слѣдствія и результата соціальной среды. Только вводя соціологическія перспективы въ критику юридическаго изслѣдованія, мы получаемъ дѣйствительно широкіе горизонты, дающіе намъ настоящія очертанія любой проблемы общественной жизни. Это и дѣйствительно находитъ себѣ, въ настоящее время, признаніе, особенно въ работахъ коммисіи по составленію новаго устава уголовн. судопроизв., безпрестанно указывающей на соціологическій элементъ въ понятіи публичности процесса [1]). Я говорилъ уже, что существеннымъ элементомъ, вліяющимъ на всю систему уголовнаго суда, оказывается положеніе личности въ обществѣ и государствѣ. Достаточно указать въ этомъ отношеніи хотя бы понятіе административной юстиціи, совершенно незнакомой такимъ странамъ, какъ Англія и прочимъ странамъ британской культуры, и напротивъ, прочно привившейся на европейскомъ континентѣ [2]) [3]) [4]).

Для того, чтобы опредѣлить роль гласности вполнѣ, намъ надо указать—почему она способствуетъ уясненію истины, почему, разъ попавъ въ извѣстную систему процесса, она исчезаетъ только вмѣстѣ съ его жизнью и какую охрану находитъ въ ней общество, разсматривая процессъ какъ систему политическихъ гарантій.

Подъ именемъ гласности въ общемъ смыслѣ извѣстно въ уголовной доктринѣ развитіе всего хода процесса въ присутствіи лицъ, не входящихъ въ составъ суда и не являющихся прикосновенными къ изслѣдуемому событію. Гласность въ свою очередь должна быть раздѣлена на субъективную и объективную. **Субъективная гласность состоитъ въ предоставленіи права сторонамъ участвовать наравнѣ съ судьями въ наблюденіи совокупности фактовъ и событій, возникающихъ на судѣ и ложащихся въ основу судебнаго приговора. Въ объективномъ отношеніи понятіе гласности образуется изъ совокупности правилъ и юридическихъ формъ мышленія, опредѣляющихъ доступность обстановки суда, при изслѣдованіи имъ существа преступнаго событія аналитическимъ процессамъ мысли общественной среды.** Наконецъ, возможно дѣленіе гласности на непосредственную и идеальную, состоящія—первая изъ предоставленія всеобщему наблюденію происходящаго въ ходѣ суда и вторая—въ освѣдомленности общества черезъ распространеніе идей о происходящемъ на судѣ путемъ печати. Феербахъ пытается построить понятіе гласности съ морфологической стороны, классифицируя ее на слѣ-

---

[1]) Объ этомъ об. зап. къ проекту у. ус. 1900 г. ч. II, стр. 174 и слѣд.

[2]) Объ этомъ Дайси стр. 313, 354 и слѣд. 1891 г. редакц. Виноградова.

[3]) Замѣчательно правильно выражена мысль о первоосновномъ значеніи человѣческой личности для всего міра соціальныхъ явленій у Гиво: «Каковы бы ни были внѣшнія обстоятельства, все же человѣкъ самъ составляетъ міръ, ибо міръ управляется и идетъ сообразно идеямъ, чувствамъ, нравственности и умственнымъ стремленіямъ человѣка и отъ внутренняго его состоянія зависитъ состояніе общества».

[4]) Ушинскій—Челов. кк. предметъ воспит., 11 изд., ч. I, стр. 7.

дующіе виды: 1) отправленіе правосудія непосредственно самимъ народомъ въ собраніяхъ, напримѣръ, въ римскихъ коммиціяхъ judici populi; 2) гдѣ народъ является сувереномъ, но передаетъ полномочія суда отдѣльнымъ лицамъ, надъ которыми онъ осуществляетъ надзоръ; 3) гдѣ появляется такъ называемый народъ, но по существу ничтожная масса,—въ деспотіяхъ; 4) народъ въ ограниченныхъ монархіяхъ, гдѣ онъ принимаетъ участіе въ судѣ, какъ правомочныя личности, занимающія среднее положеніе между двумя крайними противоположностями [1]). Но это не имѣетъ другого значенія, какъ попытка морфологически вскрыть природу различныхъ порядковъ гласности [2]). Я указывалъ уже на тотъ фактъ, что обвинительный процессъ является какъ бы однимъ организмомъ, связаннымъ въ частяхъ и дискретивнымъ въ функціяхъ.

Если бы оказалось возможнымъ опредѣлить однимъ понятіемъ то, что составляетъ душу и содержаніе его бытія,—этимъ понятіемъ оказалась бы спорность. Именно нашему времени особенно свойственна та глубина преклоненія передъ личностью, которая дѣлаетъ личность огражденной барьеромъ присущихъ ей публичныхъ правъ отъ колосса государства. Предоставляя права спора подсудимому съ оффиціальнымъ представителемъ обвиненія, передъ спеціально выдѣленной, для обезпеченія безпристрастія, судебной дѣятельностью [3]), и юридически уравнивая ихъ въ борьбѣ за истину, государство занимаетъ, въ лицѣ публичнаго обвинителя, роль бойца въ состязаніи и, значитъ, мы имѣемъ право разсматривать ихъ какъ двѣ борящіяся личности. Поэтому, поскольку выводы соціологической доктрины приложимы къ обвиняемому, они окажутся обязательны и для представителя государства. Назначеніемъ суда является возможно большая точность въ опредѣленіи нарушенія справедливости, допущеннаго однимъ гражданиномъ въ отношеніи другихъ. Въ этомъ смыслѣ, государство стремится къ совершенно полному изслѣдованію величины нанесеннаго ущерба, и назначеніе процесса—изыскать наивѣрнѣйшій путь полнаго опредѣленія нарушеннаго права [4]).

Новѣйшія теоріи образованія и жизни общества рисуютъ его какъ группировку человѣческихъ существъ, связанныхъ между собою суммою соціальныхъ институтовъ, логическихъ приспособленій, вытекающихъ изъ зависимости не одинаково организованныхъ его членовъ. Возвращеніе къ античному «общежительному животному» снабжаетъ науку снова какъ бы естественной средой существованія человѣческихъ обществъ, въ которыхъ ростъ соціальной зависимости постепенно приводитъ къ образованію государства. Устанавливая и обосновывая это понятіе, какъ систему психологической зависимости образующихъ его личностей, наука, обобщая, приходитъ по необходимости къ объединенію всѣхъ взаимодѣйствій между людьми въ логическое единство.

Я указывалъ выше, что состояніе вѣчной неуравновѣшенности соціальныхъ силъ есть единственное raison d'être уголовнаго права и вѣтви его—суда; что сумма тяготѣнія однихъ членовъ общества, вычтенная изъ итога аналогичныхъ стремленій другихъ, даетъ намъ тотъ остатокъ нравственныхъ и юридическихъ противорѣчій, изслѣдованіе которыхъ и есть удѣлъ суда. Онъ является какъ бы аппаратомъ, констатирующимъ возрастаніе «вреднаго тренія» между частями общественной машины. Полное достиженіе уменьшенія этого тренія было конечнымъ идеаломъ утопій, какъ и практическаго мышленія, государственной дѣятельности и религіозныхъ тайнъ, работы форума и пропаганды философскихъ поученій. Конечною цѣлью общества и государ-

---

[1]) Цит. соч., 39.

[2]) Объ этомъ Leue., стр. 207 и 208 цит. соч.

[3]) Въ дѣлѣ Стокделя Гонсарда сказалось особенно сильно это равенство сторонъ въ процессѣ. (Виноградовъ—Политич. строй совр. госуд., ч. I, стр. 238 и 239. Эсменъ, стр. 266—268, изд. Поповой).

[4]) Тардъ—Соціальн. логика, стр. 51, 1901 г. Петербургъ.

ства всегда являлось уничтоженіе борьбы между членами, приведеніе ихъ интересовъ къ взаимной соподчиненности и примиренію между собой. Такимъ образомъ, судъ, можетъ быть болѣе всего, долженъ стремиться къ этому идеалу, являясь орудіемъ государства въ борьбѣ за гармонію всеобщей удовлетворенности. Стремясь установить универсальную примиренную зависимость, государство должно домогаться роста солидарности между людьми [1]).

Фатальный ростъ солидарности управляетъ человѣческимъ обществомъ далеко не съ тою степенью полезности и непрерывности, какой отъ нея ожидаютъ нѣкоторые ученые. Истина, провозглашенная Лякомбомъ, что человѣчествомъ правятъ законы безотлагательности и солидарности и «послѣдняя требуетъ, чтобы, въ удовлетвореніе нуждъ первой, всѣ одинаково спасались или погибали»,—можетъ быть принята только относительно. Для установленія идеальнаго порядка общежитія съ минимальнымъ остаткомъ несогласій, тяготѣющихъ къ общему благу личностей, пригодна далеко не всякая солидарность. Государству не можетъ быть полезна солидарность, основанная на чувствѣ физической близости, или кровнаго родства, ибо она же полна самыхъ опасныхъ симптомовъ. Отъ этой кровной солидарности и связи людей по аффекту оно спасалось въ исторіи войной и междоусобіемъ, насиліемъ и жестокостью, теократіей и абсолютизмомъ, догматомъ и наукой. Благодаря аффективной солидарности, мы еще теперь видимъ вендетту на Корсикѣ, кровосмѣшеніе у Хевсуровъ, вырожденіе нѣмецкихъ колонистовъ, взаимный антагонизмъ народностей. Государство можетъ привести къ намѣченной цѣли лишь критическая оцѣнка личностью фактовъ дѣятельной борьбы и, выведенный отсюда порядокъ убѣжденія наивысшаго удовлетворенія интересовъ всѣхъ лицъ, связанныхъ общимъ сознаніемъ логическаго единства жизни. Только проводя понятіе зависимости черезъ сферу сознательнаго творчества человѣка, государство добьется той степени зависимости между людьми, которая, по слову Милля, «приводитъ соціальные навыки къ такимъ правиламъ, которыя даютъ человѣчеству возможность контролировать побуды и развивать соціальные принципы» [2]).

Этой задачѣ служитъ только судъ, авторитетный мѣритель чувствъ солидарной несвязанности и соціальныхъ противорѣчій. Для проявленія соціальныхъ идей въ области общественнаго порядка, человѣческая природа, въ конечномъ счетѣ, не имѣетъ другихъ фактовъ, кромѣ вѣрованій и желаній. Система первичныхъ элементовъ, служащихъ имъ пищей, въ видѣ раздраженій и ощущеній, можетъ проявляться во внѣшній міръ лишь въ формѣ этихъ символовъ, и можно смѣло утверждать, что наличность всего содержанія даннаго историческаго момента духовной жизни человѣчества опредѣляется не чѣмъ инымъ, какъ суммой наличныхъ вѣрованій и желаній [3]). Принявъ разъ навсегда принципомъ общества логическое единеніе человѣческихъ массъ, мы этимъ самымъ устанавливаемъ наличность въ немъ, во-первыхъ, способности обобщенныхъ воспріятій въ области разума, и во-вторыхъ—зараженіе дѣятельности въ сферѣ убѣжденій и чувства. Между тѣмъ, процессъ общественной жизни протекаетъ безпрерывно въ направленіи борьбы старыхъ вѣрованій съ новыми исповѣданіями. Эволюція общественной морали, пульсъ нравственной интуиціи, канонъ искусства, завѣтъ добродѣтели,—все течетъ, измѣняясь въ вѣчномъ разнообразіи. Надъ гаммой прогрессивной

---

[1]) Объ этомъ Арнольди, стр. 30—34. Цит. соч.

[2]) О свободѣ, стр. 267.

[3]) «Всѣ сознаютъ, что источникъ, изъ котораго, хотя и не въ одинаковой мѣрѣ, черпаютъ свою силу, постоянно борящіяся и оспаривающія его другъ у друга, доктрины и теоріи, одинъ и тотъ же; всѣ сознаютъ, что черезъ всѣ наши разнородныя положенія, составляющія все интеллектуальное богатство данной эпохи, черезъ всѣ догматы, теоремы, политическія убѣжденія, а точно также черезъ всѣ предвидѣнія и надежды, составляющія основу всѣхъ нашихъ договоровъ, препятствій, войнъ, революцій, протекаетъ рѣка вѣры»... (Тардъ—Соц. логика, стр. 30, 1901 г.).

эволюціи общества, какъ и человѣчества, государства, какъ и націи, народа, какъ и учрежденій, господствуетъ девизъ философской поговорки: «Alles was entsteht ist werth dass es zu Grunde geht» [1] [2]). По глубокой мысли Тарда, логика общественной жизни стремится привести всѣ дѣятельности людей къ вліянію авторитетныхъ учрежденій, принимая логику въ символъ знанія и разсудокъ—въ догматъ общественной вѣры [3] [4]).

Среди измѣняющагося порядка жизни, передъ возникающими цѣлями уголовной политики, идеалами соціальной нравственности, группировками индивидуальныхъ отношеній, законодательство не выполнитъ своей задачи, издавъ формулу закона, который никто не можетъ понимать. Профессоръ Владиміровъ очень мѣтко указалъ на это обстоятельство по другому поводу, но самъ по себѣ фактъ вѣренъ. Необходимо, чтобы новая оцѣнка справедливости, находящая свое выраженіе въ уголовномъ законѣ, прошла въ нервную организацію страны, прибавившись къ суммѣ вѣрованій и желаній, вступивъ съ нѣкоторыми изъ нихъ въ борьбу и одержавъ надъ старыми хотѣніями побѣду. Это можетъ сдѣлать только судъ. Вводя гражданъ въ залъ суда, сближая ихъ съ самымъ ходомъ логическихъ операцій, при оцѣнкѣ формулъ общественной справедливости и нарушеній порядка, судъ является великимъ орудіемъ распространенія новыхъ логическихъ волнъ подражанія, вводя въ массу самые высокіе идеалы гражданственности, самыя страстныя чувства общественности.

Судья распоряжается съ пришедшей въ залъ толпой, какъ настройщикъ съ роялемъ. Онъ подтягиваетъ однѣ струны, ослабляетъ другія, усиливаетъ созвучья, сближаетъ аккорды, рѣжущіе диссонансы замѣняетъ гармоніей и въ результатѣ даетъ намъ потенціальную возможность извлекать при игрѣ пріятную систему звуковыхъ колебаній [5]). Такъ и въ залѣ суда,—убиваются старые предразсудки, распыляются антисоціальныя вѣрованія, масса солидаризуется, получаетъ необходимую односторонность, каковую она выноситъ въ могучемъ потокѣ чувственныхъ возбужденій, исходящихъ отъ самой внѣшней процедуры суда, передавая его окружающей средѣ.

Тутъ своего рода кристаллизація новыхъ понятій и старыхъ истинъ. Насыщенная, признаками личности, среда уголовнаго законодательства, наполненная безпрерывными токами хотѣній, общественной мысли, получаетъ кристаллъ юридической оцѣнки справедливости и немедленно вырабатываетъ соотвѣтствующія формы [6]). Насколько необходима эта умственная поляризація, идущая изъ зала суда, для правильныхъ функцій законности въ дѣйствительной жизни, видно уже изъ того, что уголовная статистика даетъ намъ, по такимъ высоко культурнымъ странамъ, какъ Англія, громадный процентъ лицъ, представшихъ передъ судами и передъ этимъ пользовавшихся хорошей репутаціей. Въ 1890—91 гг. 51% былъ такихъ неопороченныхъ ничѣмъ ранѣе гражданъ и только 17,5% завѣдомо дурныхъ людей (31% неизвѣстны). Вся эта масса лицъ, весьма вѣроятно, не могла бы совершить преступленія, если бы во-время под-

[1]) «Всѣ общественныя явленія суть явленія человѣческой природы, обусловливающей дѣйствія внѣшнихъ обстоятельствъ на массу людей»...

[2]) Стюартъ Милль—Система логики, стр. 708, 709.

[3]) Объ этомъ Bordier, La vie des sociétés. Paris 1888, p. 76. Tarde, Les loi de limitation. Paris 1890, ch. I.

[4]) «Какъ звукъ музыкальной ноты заставляетъ колебаться ту же ноту на декахъ, которыя, будучи способны издавать эту ноту, находятся подъ непосредственнымъ вліяніемъ издаваемаго звука, такъ и проявленіе извѣстнаго чувства страсти вызываетъ подобный же инстинктивный элементъ этого чувства, направляя его къ дѣятельности, заставляя его, такъ сказать, колебаться у всякой отдѣльной личности»... (Despin—De la contagion morale, p. 13).

[5]) Объ этомъ значеніи борьбы идей замѣчательныя мѣста въ «Преступникѣ и преступленіи» Тарда, стр. 242 и 243.

[6]) Объ этомъ Гиддингсъ—Основ. соціолог., стр. 489, 499. Майеръ—Закономѣрность въ общественной жизни, стр. 6, 1899 г. Петербургъ.

верглась солидаризаціи идеалами общегражданскаго блага черезъ посредство суда. Я полагаю также, что это косвенно доказывается безграмотностью, наблюдаемой среди преступниковъ, напримѣръ, въ той же Англіи въ 1890—91 гг. 74,2% были плохо грамотны, а 22,8% были безграмотны совершенно, въ Австріи 50,3% преступниковъ безграмотны, во Франціи 21% [1] [2]).

Государство, будучи логическимъ аппаратомъ цѣлестремительныхъ усилій гражданъ, немыслимое нами помимо строго силлогистической дѣятельности, не можетъ въ области правосудія, конечно, поступать иначе. Поэтому, выполняя функціи суда, для него неизбѣжно направленіе судебной жизни къ логическому единству съ общественной нравственностью, къ братанью со взглядами общей морали. Поэтому акты логики законодательной, обращаемые въ соціальный міръ, превращаются тѣмъ самымъ въ акты логики соціальной, и дѣятельность судебная—въ факторъ общественной жизни. Вотъ почему процессъ, чтобы быть дѣйствительно орудіемъ государства, въ дѣлѣ осуществленія справедливости, долженъ быть по необходимости гласнымъ. Эта особенность лежитъ въ самомъ его существѣ, въ содержаніи его жизни [3]).

Обращаясь къ теоріи, мы находимъ подтвержденіе этихъ логическихъ соображеній. Античный міръ, съ его всеобщей односторонностью нравовъ и вѣрованій, идеаловъ и знаній, неизбѣжно вводилъ широчайшую гласность въ судахъ безъ ограниченій, ибо она была его формой столько же, сколько сущностью, символомъ, сколько внутреннимъ принципомъ. Средневѣковой міръ, съ его раскиданностью въ политикѣ, ересями въ религіи, борьбой въ цивилизаціяхъ, дѣлившій гражданъ почти всѣхъ странъ Европы на деспотовъ и порабощенныхъ, завоевателей и рабовъ, съ отсутствіемъ солидарности, также неизбѣжно удаляетъ гласность изъ жизни. Въ результатѣ процессы этой солидаризаціи пошли мимо религіи и государственности, мимо императора и церкви. Трудно оцѣнить, какъ важна была потеря гласности, съ этой точки зрѣнія, для распаденія католической церкви и ея упадка, благодаря мрачному безмолвію и сатанинской гордости инквизиціоннаго судилища. Сочиненія Вольтера и трактатъ Беккарія, съ ихъ безграничной популярностью, врядъ ли могутъ дать полное понятіе о настоящемъ положеніи вещей. Въ отношеніи средневѣкового суда, напрашивается сама собой фраза Дюбуа Раймона—«олень не потому скоро бѣгаетъ, что онъ имѣетъ длинныя ноги, а потому онъ имѣетъ длинныя ноги, что скоро бѣгаетъ». Такъ и средневѣковой судъ,—не потому губилъ государство и самъ уничтожался, что изгонялъ гласность, а потому и гласность не существовала въ немъ, что государство среднихъ вѣковъ было обречено на уничтоженіе.

Нашему времени въ его общественной жизни, съ поставленіемъ личности опорой государства, свойственна, еще болѣе чѣмъ древности, гласная процедура. Исторія Англіи, съ ея безграничной гласностью, развитіемъ общественнаго самосознанія и дѣятельности, съ богатствомъ индивидуальности и блескомъ культуры, является столько же символомъ нашего времени, сколько отрицаніемъ средневѣковой эпохи. Посмотримъ теперь, какое имѣетъ значеніе гласность, примѣненная къ индивидуальнымъ усиліямъ обвиняемаго, борящагося за свою свободу передъ судомъ. Не повторяя всего сказаннаго выше объ обществѣ, достаточно указать, что это же соображеніе относится къ человѣку, какъ члену общественной среды. Но помимо этого, въ силу организаціи физіологической и структуры психики, она необходима для него еще и по другимъ основаніямъ.

---

[1]) Объ этомъ Judical statistics, England and Wales 1891. Conrads—Jahrbücher für national Oekonomie und Statistik, 1894 S. 719.

[2]) См. объ этомъ стр. 194—197. Proal. Le crime et la peine. 1892. Paris.

[3]) О гласности, какъ орудіи идеальнаго противодѣйствія преступленіямъ, очень мало и глухо говоритъ Глязеръ, ч. I-я, стр. 210.

Исходнымъ пунктомъ для этого необходимо брать отчасти цѣль процесса, сводящуюся къ исканію истины во что бы то ни стало и, главнымъ образомъ, отношеніе государственной власти къ личности гражданина. Признавая его однимъ изъ соизслѣдователей дѣла и уравнивая въ способахъ борьбы, государство логически вынуждено поставить личность въ обстановку, ей благопріятную. Для того, чтобы участвовать въ борьбѣ съ равнымъ успѣхомъ, личности нужна полнота въ распоряженіи своими духовными силами, ясность сознанія, уравновѣшенность внутренней дѣятельности чувствованій, изощренная проницательность разсудка. Государство это понимаетъ и вводитъ обязательный элементъ формальной защиты, все существо которой сводится къ возможности объективировать въ порядкѣ производства всю наличность самоопредѣляющагося участія лица въ отысканіи благопріятныхъ для него причинъ событій. Но разумѣется, въ громадномъ большинствѣ случаевъ, защита обратится въ безсильный факторъ, если лицо не сможетъ оказывать ей содѣйствія, или своимъ поведеніемъ на судѣ скомпрометируетъ подготовленныя ею доказательства передъ лицомъ судей.

Отсюда при наличности желанія отправлять правосудіе, а не подыскивать кару, суду обязательно считаться съ этимъ условіемъ и принимать всѣ мѣры для борьбы съ неблагопріятнымъ вліяніемъ на обвиняемаго въ процессѣ. Допуская гласность, необходимую въ соціальномъ смыслѣ, судебная власть уже не можетъ оставить безъ обсужденія положеніе подсудимаго. Понятіе правосудія испытаетъ страшное колебаніе, если общество и судьи будутъ видѣть сплошное отчаяніе личности, кричащей о своей невинности и безнадежно машущей рукой на предложеніе способовъ оправданія [1]). Это будетъ равносильно устраненію судовъ вовсе и принятію всѣхъ послѣдствій, которыя изъ этого вытекаютъ. Государству необходимо, если даже обвиняемый впалъ въ такой маразмъ слабодушія, впустить публику, чтобы доказать, что причинъ отчаянія не существуетъ. Но, по общему правилу, инстинктъ самосохраненія побуждаетъ личность принимать борьбу какъ она есть, внутреннее чувство подсказываетъ личности, сознающей свое право, не уклоняться отъ нападеній обвинителя, но смѣло итти имъ на встрѣчу, а тутъ необходимо повышеніе всей жизнедѣятельности организма. Психическіе законы относительности и разсѣянія, комбинируясь въ жизни индивида, вліяютъ на ясность и точность сознанія величиной перипетій въ этомъ послѣднемъ и площадью нервной возбудимости [2]).

Къ этому слѣдуетъ прибавить наблюденія Дарвина, Гексли и Спенсера, что сумма удовольствій и страданій прямо пропорціональна общей энергіи организма. Съ этими данными мы можемъ смѣло пускаться въ путь. «Количество ощущеній пропорціонально количеству молекулярной трансформаціи въ чувствительномъ центрѣ [3]). Человѣкъ въ дѣйствительности является kai logikon zoon politikon, онъ не можетъ жить внѣ общества и въ трудныя минуты жаждетъ его поддержки [4]). Поговорка—«на міру и смерть красна»—символизируетъ вѣковой опытъ соціальной жизни. Научно эту истину выразилъ великій біологъ 19-го вѣка, опредѣляя жизнь, какъ непрерывное приспособленіе внутреннихъ отношеній къ отношеніямъ внѣшнимъ», доказавъ, что на высшихъ ступеняхъ жизни прогрессъ состоитъ въ постоянномъ улучшеніи органическихъ процессовъ приспособляемости организма [5]).

---

[1]) Совершенно правильно оцѣниваетъ это положеніе Helie, принявъ за общій принципъ процесса, что всѣ сторонніе вопросы, возникшіе во время главнаго производства или преній, должны быть обсуждаемы публично, т. VII № 3403, стр. 482 и слѣд.

[2]) Объ этомъ Бэнъ—Душа и тѣло, стр. 67—76, 1900 г. Кіевъ.

[3]) Спенсеръ—Основ. психол., ч. I-я, стр. 78, 176, 178 и слѣд.

[4]) Карѣевъ—Введеніе въ соціологію, стр. 3.

[5]) Объ этомъ Спенсеръ—Основ. біологіи, стр. 109, 1899. Петербургъ. Прим. 1.

Привыкая къ жизни въ соціальной средѣ, человѣкъ, путемъ вѣковыхъ традицій, воспитываетъ въ себѣ способность испытывать большую увѣренность въ присутствіи себѣ подобныхъ [1]). Ростъ воображенія и эмоція общественной солидарности включаетъ его въ цѣпь непрерывныхъ вліяній сочувственныхъ симпатій подражательнаго характера, которыя окажутъ ему могучую поддержку на судѣ [2]). Молчаливое вниманіе и участіе публики вмѣстѣ съ разнообразіемъ тѣлодвиженій, формъ созерцанія и дѣйствительности возбуждаютъ всю сферу его чувствованій и этимъ наполняютъ сознаніе энергіей и оживляютъ весь организмъ, проясняя память. Вся система умственныхъ комбинацій повышается—увѣренность въ себѣ возрастаетъ, наблюдательность усиливается и конечная цѣль процесса—видѣть въ обвиняемомъ бойца за истину, равнаго государству,—достигается въ полной мѣрѣ [3]). Тѣ же выводы, въ сущности, сжато выражаетъ по отношенію къ гласности знаменитый Эли. Авторъ фактически говоритъ исключительно о значеніи гласности въ соціальномъ отношеніи, совершенно не касаясь юридическаго развитія проблемы: „публичность засѣданія есть, можетъ быть, самая существенная форма судопроизводства изъ всѣхъ. Она освѣщаетъ всѣ дѣйствія судьи, она представляетъ ихъ по мѣрѣ того, какъ они совершаются, контролю и обсужденію общества, она предупреждаетъ злоупотребленія власти, успокаиваетъ всѣхъ тѣхъ, кто имѣетъ, или можетъ имѣть дѣло съ судомъ, и окружаетъ дѣятельность суда большимъ почетомъ и блескомъ“ [4]). Такъ достигается совершенно самостоятельный результатъ отъ гласности по отношенію къ индивиду [5]).

Принявъ за основаніе принципа публичности съ соціальной ея стороны указанныя выше начала, не трудно уже сдѣлать соотвѣтствующіе выводы въ юридическомъ отношеніи. Юридическая природа государства, проявляющаяся въ системѣ правовыхъ отношеній между властью и гражданами, воплощается въ наукѣ въ понятіе правового государства, проводящаго въ порядокъ внутреннихъ отношеній гражданъ идеалы строго юридической зависимости ихъ политическаго существованія, охватывая жизнь системой велѣній юридическаго характера. Исходя изъ понятія права и закона—его воплощенія, какъ изъ актовъ, предполагающихъ уже сложившуюся соціальную структуру (часто очень сложныхъ внутреннихъ отношеній), государство, не теряя правового господства, не можетъ въ своей важнѣйшей функціи—правовой оцѣнки дѣятельности гражданъ, совершать эту оцѣнку келейно. Анализируя понятіе гласности, въ ея соціально-юридической природѣ на это обратилъ вниманіе впервые, сколько мнѣ извѣстно, Фейербахъ [6]). Онъ указываетъ на чрезвычайную широту понятія публичности и требуетъ ея ограниченія, для надобностей суда, идеей юридико-политическаго характера.

Правовой характеръ подзаконнаго существованія власти въ государствѣ принуждаетъ эту послѣднюю не терять изъ вида необходимости отправлять акты этико-общественнаго характера непремѣнно въ присутствіи гражданъ [7]). Обращаясь къ уго-

---

[1]) Спенсеръ—Основы соціологіи, ч. I, стр. 7 и слѣд. 1898 г. Бэнъ—Псих. 1887 г. перев. съ англ., стр. 377.

[2]) Объ этомъ Бехтеревъ—«Внушеніе и его роль въ обществ. жизни», изд. 2-е, стр. 24 и слѣд. Петерб.

[3]) Объ этомъ Спенсеръ, ч. IV-я, стр. 381 и 387.

[4]) Helie, t. VII, p. 475.

[5]) Leue (цит. соч. S. 206) опредѣлилъ гласность съ юридической стороны какъ «положительное основаніе возможности всеобщей освѣдомленности о происходящемъ на судѣ».

[6]) Въ своемъ замѣчательномъ сочиненіи Betrachtungen ueber die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, 1821, S. 22.

[7]) Великолѣпно сказалъ объ этомъ Миттермайеръ (Зак. и юридич. практ. въ новѣйш. ихъ разв. въ отношеніи къ угол. судопроизв., перев. съ нѣмецк. 1864 г., стр. 10 и 11): «Чѣмъ менѣе было публичности въ государственномъ управленіи извѣстной страны, тѣмъ естественнѣе находили многіе, что коль скоро все тайно, то и судъ можетъ быть произведенъ тайно, назначенными для того чиновниками. А потому не удивительно, что послѣ того, какъ общественная жизнь въ Германіи пріобрѣла свободное направленіе, тотчасъ же выразилось живѣйшее участіе къ преобразованію производства».

ловнымъ нормамъ, въ которыхъ подъ слоями сплетающихся силъ политико-экономическихъ отношеній всегда лежитъ принципъ морали, государству необходимо связать процессуальныя образованія новыхъ выводовъ, или уясненія прежнихъ истинъ, съ порядкомъ общественнаго міровоззрѣнія. Таково происхожденіе присяжныхъ, по совершенно вѣрной мысли Токвиля, прежде всего политическаго института, такова же юридическая необходимость и введенія гласнаго суда [1]). Выдвигая изъ общества цѣлую массу лицъ, связанныхъ съ отправленіемъ правосудія въ видѣ свидѣтелей, экспертовъ, судей и причастныхъ къ дѣлу лицъ, поставляя всю общественную массу въ безпрестанную возможность оказаться привлеченной къ отправленію правосудія въ видѣ ли активнаго участія, или какъ пассивныхъ помощниковъ государственной власти, оно обязано вводить въ юридическій оборотъ и возможную наличность гражданскихъ силъ.

Тутъ вопросъ идетъ не о контролѣ судебной дѣятельности, выражающейся общественнымъ недовѣріемъ къ суду, какъ близоруко полагалъ Глязеръ. Нелогичность этого вывода самоочевидна, хотя бы изъ разсмотрѣнія чистаго типа обвинительнаго суда древности, или наиболѣе близкаго къ намъ, современнаго англійскаго процесса. Объ этомъ правильно судилъ Миттермайеръ [2]): „О контролѣ суда публикой не приходится говорить, ибо иногда ее бываетъ очень мало. Но судья и защитникъ, такъ же какъ обвиняемый, по естественному порядку вещей, хотятъ получить одобреніе отъ своихъ согражданъ“. Система судовъ присяжныхъ, конечно, устраняетъ такія подозрѣнія, ибо власть суда здѣсь фактически переходитъ къ обществу. Вопросъ лежитъ глубже и исходитъ изъ самаго существованія государственной власти, какъ акта правового.

Будучи органомъ господствующаго соціальнаго порядка, судебная власть необходимо предполагаетъ обязательность включенія гражданъ въ цѣпь юридическихъ способовъ исканія справедливости. Потенціально обязывая каждаго изъ нихъ приходить суду на помощь въ любой моментъ, этимъ самымъ государство логически предполагаетъ право каждаго, въ любой же моментъ, быть освѣдомленнымъ, каково положеніе дѣятельности, въ которой каждую минуту онъ можетъ быть участникъ. Конечно, приведенныхъ соображеній вполнѣ довольно, чтобы понять, почему Фейербахъ [3]) наносилъ смертельные удары противникамъ гласности, когда писалъ: „еще ни одинъ сторонникъ тайны не могъ отвѣтить на вопросъ:—это правосудіе, почему же вы его скрываете? Основой его должна господствовать одна справедливость, только одна она и ничто другое!!“ Это необходимо предполагаетъ гласность. Точно также, вліяніе гласности на свидѣтелей чрезвычайно цѣнно. Устанавливая связь отправленія суда съ запросами общественнаго благополучія со стороны гражданъ, идея взаимозависимости всѣхъ лицъ, въ дѣлѣ уясненія истины, выступаетъ въ сознаніи свидѣтеля съ неизбѣжностью акта самосохраненія. Излагая суду свои показанія, свидѣтели испытываютъ то же вліяніе соціальной волны подражательнаго характера, какъ и всѣ лица, вступающія въ постоянныя отношенія къ суду [4]). То, что сказано въ отношеніи индивидуума вообще, всецѣло можетъ быть отнесено и къ судьѣ, для психико-физическаго существованія котораго гласность имѣетъ столь же важное значеніе.

Кромѣ того, гласность для судьи имѣетъ самостоятельное юридико-политическое значеніе. Государство, сосредоточивая полномочіе суда въ рукахъ судей, предоставляетъ этимъ послѣднимъ, въ интересахъ дѣла, значительно большую самостоятельность, чѣмъ другимъ органамъ власти, а это въ свою очередь влечетъ за собой затруднительность

---

[1]) Фейербахъ восторженно выражался «Справедливость спускается съ неба на землю лишь тогда, когда она публично засѣдаетъ на судейскомъ креслѣ» (цит. соч., стр. 96).

[2]) Mündlichkeit und f.f. S. 337—340.

[3]) Цит. соч., стр. 90.

[4]) Объ этомъ Миттермайеръ (Mündlichk. S. 338).

исправленія его погрѣшностей и ошибокъ. Устраняя или чрезвычайно затрудняя государственное вліяніе на независимаго судью, государству приходится обращаться къ средствамъ чисто соціальнаго воздѣйствія, а эти послѣднія сводятся къ допуску публики въ залъ суда. Наконецъ, въ случаѣ возможнаго преступленія со стороны судьи, зрители являются орудіемъ гарантій для сторонъ въ дѣлѣ возмѣщенія нарушенія имъ своихъ обязанностей [1]).

Глава XI.

Переходя къ догматическимъ постановленіямъ иностранныхъ законодательствъ, слѣдуетъ указать на принципіальное признаніе начала гласности въ современномъ процессѣ. Ст. 170-я Герм. у. у. с. гласитъ, что «судебное разбирательство по дѣлу, со включеніемъ объявленія приговоровъ и опредѣленій суда, происходитъ публично». По ст. 174 объявленіе приговора «во всякомъ случаѣ происходитъ публично», хотя это въ сущности не является принципіальнымъ развитіемъ гласности. Разъ внутреннее убѣжденіе судьи изъято отъ наблюденій публики, то и объявленіе результата публично рѣшительно ничего не значитъ, ибо процессъ образованія приговора протекъ не публично[2]). Уставъ достаточно послѣдовательно относится къ этому положенію во всемъ развитіи процесса, постоянно указывая на принципіальную и существенную важность начала, отъ соблюденія котораго зависитъ сила судебнаго приговора. По статьѣ 176, часть 2-я того же устава, предсѣдатель все же можетъ предоставить право входа въ залъ, при ограниченной публичности, лицамъ, не относящимся къ составу суда. Сюэссъ разсказываетъ, что защитники подсудимаго часто приглашаютъ въ залъ суда, вмѣсто друзей и родственниковъ подсудимаго, судебныхъ репортеровъ [3]). И напротивъ, ст. 377 п. 6 прямо говоритъ о нарушеніи принципа публичности при разбирательствѣ дѣла, какъ поводѣ къ отмѣнѣ приговора. Аналогичныя постановленія мы находимъ въ Австрійскомъ у. у. с. ст. 228—230, 233.

Совершенно такъ же французская судебная практика обязываетъ къ отмѣнѣ приговора по дѣлу, если двери суда не были открыты во время рѣшенія вопроса объ отводѣ свидѣтелей, о назначеніи новыхъ экспертовъ, объ отсрочкѣ засѣданія и т. д. Закрытіе дверей можетъ быть постановлено при условіи непремѣннаго занесенія въ протоколъ. Французская кассаціонная практика знаетъ случай кассаціи приговора потому, что это условіе было нарушено. Кассаціонный судъ нашелъ, что это обстоятельство затруднило удостовѣреніе, были ли совершены всѣ формальности, требуемыя въ этихъ случаяхъ (art. 372).

Кромѣ того доктрина считаетъ, что обо всѣхъ основныхъ формахъ правосудія должно быть спеціально упомянуто въ протоколѣ, а такъ какъ гласность—основная форма, то неупоминаніе въ протоколѣ о ея полномъ примѣненіи влечетъ ничтожество приговора. [4]) Но въ то же время, согласно кассаціонному рѣшенію 9 ноября 1833 г. № 1545, достаточно подписи предсѣдателя и секретаря на протоколѣ, чтобы сдѣлать его формальнымъ.

---

[1]) Объ этомъ Leue, SS. 231—41.

[2]) Объ этомъ см. Leue, стр. 230.

[3]) Цит. соч., 388 и 389. Suess.

[4]) Объ этомъ Эли, ч. VII, стр. 476.

Однако, принимая за основанія эти принципіальныя положенія, безъ которыхъ немыслимо сколько нибудь правильное отправленіе правосудія, законодательства названныхъ странъ допускаютъ отъ него отступленія, нѣкоторыя изъ которыхъ не нарушаютъ, въ принципѣ, принятую систему. По закону 5 апрѣля 1888 года § 2, въ Германіи судъ можетъ въ интересахъ безопасности государства обязать всѣхъ присутствующихъ въ закрытомъ засѣданіи хранить въ тайнѣ все происходящее на судѣ. Легко видѣть изъ изложенныхъ постановленій закона, что гласность, какъ таковая, въ принципѣ не нарушается, если лица, присутствующія на судѣ, не будутъ ограничиваться опредѣленными категоріями гражданъ, а будутъ предоставлять этимъ послѣднимъ возможность произвольно заполнять залъ суда, въ зависимости отъ времени прихода къ началу засѣданія, или какимъ либо инымъ способомъ, обезпечивающимъ равенство въ полученіи доступа къ созерцанію отправленія правосудія. Указанныя мною обоснованія начала гласности даютъ право признать здѣсь возможнымъ примѣненіе всѣхъ выводовъ, обезпечивающихъ систему отправленія судебной власти.

Другія ограниченія гласности, находящіяся въ иностранныхъ законодательныхъ постановленіяхъ, касаются уже самого существа дѣла. Таковы ограниченія, содержащіяся во французскомъ Code d'instruct. crim. ст. 153, 199, 309. Въ Германскомъ уставѣ у. с. аналогичны ст. 171—176; въ Австрійскомъ процес. законод. ст. 228—231[1]). Даже въ Англіи законодательство даетъ право судьѣ удалить публику „If it appears tho him that the ends of justice Will be best answered by so doing", говоритъ законъ, хотя тамъ примѣненіе этого правила, по словамъ авторитетнаго изслѣдователя вопроса, абсолютно невозможно.[2]) Общія соображенія, въ нихъ содержащіяся, сводятся къ закрытію дверей судебнаго засѣданія во всѣхъ случаяхъ опасности отъ гласнаго производства для общественной нравственности, или государственной безопасности и порядка. Легко видѣть, что здѣсь мы находимъ уже принципіальное отрицаніе принятыхъ названными законодательствами основныхъ началъ, ибо по наиболѣе важнымъ общественнымъ вопросамъ, гдѣ судъ какъ разъ и долженъ играть выдающееся значеніе, гдѣ волна подражательнаго характера, опасная общественной жизни, должна быть, выражаясь словами Тарда, интерферирована съ особою заботливостью, общество оказывается безъ всякой поддержки со стороны суда. Въ виду этого примѣненіе ограничительныхъ положеній закона должно быть осуществлено въ практикѣ жизни съ особой осторожностью. Ограниченная гласность вызываетъ опасливое отношеніе въ подсудимомъ и обществѣ и, давая право возникновенію темныхъ слуховъ о пристрастіи правосудія, вліяетъ самымъ тягостнымъ образомъ на аппаратъ юстиціи, поставленный обществомъ въ подозрѣніе.

Тѣмъ не менѣе, основаніемъ названныхъ ограниченій выставлены нѣкоторыя, соціальныя же чисто, причины, дѣлающія, по мнѣнію нѣкоторыхъ изслѣдователей, примѣненіе гласности невозможнымъ. Въ сущности говоря, вліяніе волны подражательнаго характера, при исключительно повышенной возбудимости общества къ нѣкоторымъ родамъ преступленій, было замѣчено еще Миттермайеромъ, который находилъ, что подражательный характеръ имѣетъ очень большое значеніе въ преступленіяхъ политическаго характера[3]). Въ этомъ отношеніи, были согласны между собою задолго до появленія антрополого-позитивной школы въ Италіи: Пухта, Леве, Бюхнеръ, Штейнеръ и друг. Съ особенной энергіей ухватилась за видимую опасность подражательности преступленій вслѣдствіе гласности антрополого-позитивная школа. Первымъ ударилъ въ

---

[1]) Объ этомъ Сюэссъ, стр. 368.

[2]) Миттермайеръ—Угол. закон. въ Англіи и Шотландіи, стр. 76.

[3]) Mündl., S. 5

набатъ Ломброзо[1]), требуя, по своему обычаю, доводить извращенную мысль до конца полнаго устраненія гласности. Онъ находилъ, что гласность ни болѣе, ни менѣе, какъ школа преступности, и мечталъ о днѣ, «когда въ интересахъ человѣчества гласность въ судахъ исчезнетъ». За нимъ потянулись покорной вереницей Ардиго, Эллеро, Гарофало, Пугліа и др. представители школы. Въ новѣйшее время, на такое значеніе гласности, какъ возможности распространенія преступной заразы, указывалъ Ашаффенбургъ въ Германіи. Онъ ссылался на примѣръ 1878 г., когда количество преступленій объ оскорбленіи величества, подъ вліяніемъ покушенія на императора Вильгельма, увеличилось въ 13 разъ противъ средней нормы[2]). Не менѣе доказательнымъ считается вліяніе подражательности на преступныя склонности, громаднымъ % преступленій лицъ, вышедшихъ изъ уголовно-опороченныхъ семей. Зихартъ, напримѣръ, утверждаетъ, что 43,7% преступниковъ имѣютъ родителей съ репутаціей преступниковъ. Курелла, одинъ изъ виднѣйшихъ послѣдователей Ломброзо въ Германіи, указывая на цѣлыя поколѣнія людей, живущихъ преступнымъ примѣромъ, приводитъ въ видѣ примѣра судьбу Артены, гдѣ въ теченіе 300 лѣтъ преступность была выше нормы (1557—1887 [3]). Затѣмъ указывается, что при неустойчивости общей нравственной конституціи преступника, при порывистости и бѣглости его мысли и господства импульсовъ, вліяніе какого либо преступнаго образца, изученнаго въ залѣ судебныхъ засѣданій, непосредственно будетъ серьезнѣйшимъ побудомъ для совершенно аналогичнаго злодѣянія[4]). Вотъ въ сущности основанія, заставляющія современныя европейскія законодательства, на ряду съ принципомъ гласности, знать его исключеніе и вводить существенныя ограниченія, по крайней мѣрѣ потенціально, въ отправленіе правосудія въ странѣ.

Я полагаю, что даже при наличности принятія высказанныхъ въ отношеніи гласности соображеній необходимость устраненія правила о закрытіи дверей по поводу нарушенія общественной нравственности явствуетъ, изъ сказаннаго выше, несомнѣнно. Достаточно указать въ этомъ отношеніи на примѣръ Англіи съ ея въ общемъ грубой, мало развитой толпой, чтобы понять всю неправильность сдѣланныхъ посылокъ о вредѣ гласности для общественной морали. Такой опытный и блестящій наблюдатель, какъ Миттермайеръ, свидѣтельствуетъ въ отношеніи Англіи и Германіи, гдѣ, какъ онъ говоритъ, «къ чести судовъ, правила о закрытіи дверей по дѣламъ о нарушеніи общественной морали не находятъ примѣненія (въ его время)», о поведеніи публики «выше всякой похвалы». Нечего и говорить, что подъ вліяніемъ тонкой и авторитетной критики суда, суровой аскезы юстиціи, защиты, могущей въ своей рѣчи указывать на трагическое сцѣпленіе обстоятельствъ, вызвавшихъ впаденіе въ преступность, благороднаго ригоризма обвинителя, вскрывающаго всю опасность и ужасъ послѣдствій такого преступленія для дѣятеля и общественнаго порядка, факты, вскрытые на судѣ, меньше всего могутъ способствовать обрисовкѣ преступленія заманчивыми красками. Безчисленные представители прессы грязно-порнографическаго содержанія, будирующіе самые низкіе инстинкты толпы, появленіе которыхъ пресѣчь невозможно,—вотъ истинныя основы общественно опасной дѣятельности въ отношеніи морали. И только судъ можетъ, беря эти опасные примѣры, вносить необходимую оцѣнку и авторитетъ въ этотъ сумбурный потокъ, могущій залить иную пылкую неустойчивую душу. На встрѣчу очагу инстинктивныхъ чувствованій и идей, съ нимъ связанныхъ, онъ противопоставитъ фокусъ но-

---

[1]) L'homo delinqante; terapie del delitto 1876 г., стр. 211.

[2]) Объ этомъ Ашаффенбургъ—Преступленіе и борьба съ нимъ. 1906 г., стр. 83, Одесса.

[3]) Kurella—Naturgeschichte des Ferbrechen, 1893 г., стр. 144. См. также замѣчательныя таблицы двухъ семействъ: Линнекугеля и Мюллера, привед. на стр. 140 и 142 того же труда, также цит. стр. 231 и слѣд.

[4]) Delbruk—Derichtliche Psychopatologie, 1897.

выхъ вліяній, которымъ неизбѣжно суждена побѣда. Ибо здѣсь, въ этой борьбѣ, эксплоатація низшихъ инстинктовъ столкнется съ идейнымъ служеніемъ человѣчеству, животная разнузданность встрѣтитъ научный аскетизмъ и этическую выдержку, позорный импульсъ, скрывающійся въ темнотѣ неясныхъ чувствованій, сойдется съ величіемъ разума, идущаго въ міръ для завоеванія идеала. На встрѣчу развратителю идетъ судья, собравшій всѣ лучи своего духа, всѣ силы разума, всѣ идеалы добродѣтели,—во имя общественнаго чувства. Что можетъ противопоставить преступникъ—развратитель общества верховной дѣятельности, которую, почти 200 лѣтъ тому назадъ, Серванъ блестяще характеризовалъ въ требованіи къ защитнику: «говорите свою рѣчь, она обща, ибо обращается къ чувству, интересъ, который вы защищаете, интересъ человѣчества, ваши законы—законы природы» [1]).

Вопросъ объ отношеніи гласности къ преступленіямъ, касающимся государственныхъ интересовъ, можетъ быть рѣшенъ нѣсколько иначе. Общія соображенія конечно относятся въ полной мѣрѣ и сюда. Достаточно указать чудныя страницы въ пользу гласности, по преступленіямъ противо-государственнымъ, данныя въ этомъ отношеніи составителями дѣйствующаго устава, или обратить вниманіе на примѣры публичнаго разбора въ иностранныхъ государствахъ самыхъ опасныхъ государственныхъ преступленій, вродѣ дѣла Деруледа въ новѣйшее время во Франціи. Но все же иногда отправленіе суда передъ населеніемъ, среди котораго окажутся наиболѣе горячіе противники общественнаго порядка, за нарушеніе какового виновный предсталъ передъ судомъ, будетъ требовать отъ судей, подъ давленіемъ общественнаго мнѣнія, почти героическихъ силъ для произнесенія объективнаго приговора. Тутъ возможна, такъ сказать, добровольная аскеза со стороны суда. Убѣгая отъ соблазновъ міра, онъ можетъ закрыть свои двери отъ него, чтобы шумъ жизни не нарушалъ его работы по отысканію началъ справедливости и правды человѣческихъ отношеній. Какъ и религіозная аскеза, это судебное затворничество полно опасностей, оно грозитъ удалить судъ отъ жизни, сдѣлать ея вѣчныя вѣянія для него незнакомыми, грозитъ обнищить его духовную память образами, обезцвѣтить и кастрировать воображеніе. А это—могучія средства въ исканіи истины, которыя составляютъ душу всякаго суда.

Но повторяю, устанавливая принципъ процессуальнаго законодательства, построеннаго въ своемъ масштабѣ для среднихъ людей, возможно иногда примѣненіе такого средства, какъ самокастрированіе суда противъ общественныхъ соблазновъ. Во всякомъ случаѣ, право закрытія дверей слѣдуетъ предоставить самому суду, который одинъ можетъ рѣшить вопросъ о необходимости такого средства, въ зависимости отъ дѣйствительной постановки дѣлъ. Въ этомъ отношеніи Французская кассаціонная практика послѣдовательно признавала всѣ рѣшенія объ ограниченіи гласности властью предсѣдателя (дискреціонной) неправильными и неизмѣнно отмѣняла приговоры. Въ доктринѣ, Эли точно также полагаетъ, что только судъ присяжныхъ можетъ дѣлать постановленіе о закрытіи дверей. «Законодатель показалъ, что, когда дѣло идетъ объ отнятіи у суда огромной гарантіи публичности, засѣдающій судъ въ полномъ составѣ долженъ принять на себя отвѣтственность» [2]). Это тѣмъ болѣе необходимо, что тогда принципъ общей гласности окажется непоколебимымъ.

То, что создаетъ самую большую необходимость уголовно-политическаго значенія гласности,—это именно требованіе максимума довѣрія къ суду со стороны гражданъ [3]),—заставитъ судъ, находящійся въ данномъ мѣстѣ, быть особенно осторожнымъ въ рѣшеніи вопроса о закрытіи дверей. «Но тамъ, гдѣ рѣшеніе жизни и смерти, свободы и чести

---

[1]) Цит. соч., стр. 113.
[2]) Т. VII, стр. 479.
[3]) Объ этомъ Zenk, S. 28.

постановляется безъ присутствія другихъ лицъ при закрытыхъ дверяхъ, тамъ не найти подходящихъ словъ для невозможнаго правового положенія подсудимаго, которое оказалось такимъ, какъ будто разсчитано было на господство силы и насилія подъ маской правосудія» [1]). Предоставленіе такой самодѣятельности суду не грозитъ болѣе широкимъ пользованіемъ имъ, чѣмъ неизбѣжное закрытіе дверей, могущее случиться, если законъ категорически опредѣлитъ необходимость устраненія гласности, или дастъ возможность распоряжаться уничтоженіемъ публичности изъ центра. При предоставленіи суду функціи права закрытія дверей, по точно опредѣленной категоріи дѣлъ, практика судовъ, на территоріи государства, въ этомъ отношеніи не можетъ повлечь столь тягостную, для отправленія правосудія, однородность, какою является широкое толкованіе необходимости ограниченія этого основного принципа обвинительнаго процесса. Въ Германской доктринѣ, такой извѣстный ученый какъ Сюэссъ съ особенной энергіей предостерегаетъ противъ ограниченія гласности въ преступленіяхъ противъ государственныхъ интересовъ и порядка, требуя даже полной отмѣны закрытія дверей суда въ отношеніи нѣкоторыхъ группъ гражданъ [2]) [3]).

Я полагаю также совершенно необходимымъ, по возможности, расширить кругъ лицъ, которымъ предоставлено право, по законодательствамъ Германіи и Австріи, присутствовать въ закрытомъ засѣданіи по извѣстнымъ родамъ дѣлъ, упомянутыхъ въ законѣ. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что всѣ соображенія въ пользу ограниченія гласности отпадаютъ, когда мы столкнемся съ членами судебныхъ учрежденій и вообще лицами, имѣющими постоянное отношеніе къ дѣятельности суда. Кромѣ того, предоставленіе дискреціонной власти предсѣдателю, разрѣшающему посѣщеніе суда всѣмъ лицамъ, кого онъ найдетъ достаточно гарантированнымъ отъ подражательныхъ вліяній преступленія, могло бы сильно устранить неудобства, вытекающія изъ такихъ ограниченій, къ которымъ судъ можетъ быть вынужденнымъ прибѣгнуть для спасенія массы отъ подражанія, а себя—отъ пристрастія въ пользу ея вожделѣній. Zacharie указывалъ, что старый порядокъ зналъ приглашеніе особыхъ судебныхъ свидѣтелей для этой цѣли [4]).

Блестящей иллюстраціей отношеній англійскихъ криминалистовъ къ этому вопросу можетъ служить отзывъ знаменитаго Стифена. «Никакое зрѣлище не можетъ столь сильно вліять на массу народа, какъ отправленіе уголовнаго правосудія въ томъ видѣ, какъ оно вообще совершается въ Англіи. Это зрѣлище пріучаетъ народъ смотрѣть на правительство какъ на друга и служитъ практическимъ истолкованіемъ правды, гуманности, умѣренности и уваженія къ правамъ другихъ, въ особенности къ правамъ слабыхъ и порочныхъ. Врядъ ли хоть одинъ зритель останется нетронутымъ при видѣ судьи, направляющаго всѣ силы ума, богатаго знаніемъ и опытомъ, чтобы разобрать запутанные вопросы. Обширная свобода дѣятельности, которой пользуется подсудимый также составляетъ похвальную черту англійскаго процесса» [5]). Я полагаю, къ этимъ словамъ нечего прибавить, потому что они исходятъ отъ представителя націи, гдѣ широкая гласность по всѣмъ дѣламъ безъ ограниченій не помѣшала, а укрѣпила чувство самоуваженія гражданъ и преклоненіе ихъ передъ закономъ.

Обращаясь теперь къ изученію отечественнаго законодательства, необходимо констатировать, что оффиціальное признаніе гласности находитъ себѣ въ немъ полное

---

[1]) Zacharie, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, 1864, SS. 89, 90.

[2]) Сюэссъ, цит. соч. 369.

[3]) «По моему, не существуетъ другого порядка дѣлъ, кромѣ какъ политическія, по которымъ общество было бы болѣе склонно предполагать партійную презумпцію суда, а потому слѣдуетъ прекратить такое закрытое производство».

[4]) S.S. 83, 90.

[5]) Стифенъ, цит. соч., стр. 80.

примѣненіе. Въ журналѣ соединенныхъ департаментовъ 1862 года мы находимъ полную оцѣнку гласности съ трехъ упомянутыхъ выше точекъ зрѣнія, въ отношеніи судей, обвиняемаго и общества, при чемъ значенію ея придается рѣшающая роль. „Гласность въ такой мѣрѣ содѣйствуетъ къ выясненію истины, къ огражденію подсудимаго и къ побужденію самихъ судей къ тщательному изученію дѣлъ и правосудному ихъ рѣшенію, что въ пользѣ ея не можетъ быть никакого сомнѣнія“ [1]). Взглядъ законодательства не измѣнился въ теченіе всего промежутка времени дѣйствія судебныхъ уставовъ и въ объяснительной запискѣ къ проекту у. у. с. 1900 года читаемъ слѣдующее. Относя гласность къ числу основныхъ началъ правосудія, коммисія говоритъ: „Присутствіе постороннихъ лицъ при разбирательствѣ и соединенная съ нимъ возможность широкаго оглашенія всѣхъ его подробностей, изустно и въ печати побуждаетъ свидѣтелей и участвующихъ въ дѣлѣ лицъ воздерживаться отъ лжи и не скрывать истины, а судей, сохраняя живое чувство святости своего призванія, быть внимательными и строго соблюдать всѣ предписанныя закономъ правила, и въ этомъ смыслѣ публичность безспорно вліяетъ на правильность самого приговора по данному судебному дѣлу. Не подлежитъ сомнѣнію, что всякій обвиняемый, привлеченный къ слѣдствію, можетъ расчитывать на публичность суда, какъ на средство къ оправданію. Только въ ней смывается пятно отъ незаслуженнаго обвиненія.... Изъ тайнаго суда оправданный выходитъ менѣе оправданнымъ, а обвиненный менѣе изобличеннымъ, чѣмъ изъ суда публичнаго“ [2]). Въ этихъ блестящихъ словахъ заключается весь символъ вѣры нашего будущаго законодательства въ отношеніи къ принципіальному развитію обвинительнаго процесса. При сравненіи съ соотвѣтствующими заявленіями авторовъ дѣйствующаго законодательства, мы находимъ даже болѣе рѣзкую постановку вопроса. Коммисія, указывая на гласность, придаетъ ей совершенно исключительное положеніе въ процессѣ. Члены ея говорятъ, что лишь въ гласномъ судѣ возможна полнота оправданія, или виновности, однимъ словомъ, въ устахъ составителей проекта это—альфа и омега его юридическаго содержанія.

Въ то же время можно сказать, что въ отечественной доктринѣ, за ничтожными исключеніями, признаніе гласности находитъ не менѣе полное подтвержденіе, чѣмъ въ устахъ составителей проекта. Это имѣетъ, конечно, свое объясненіе въ томъ обстоятельствѣ, что наиболѣе авторитетные и видные криминалисты были какъ разъ и составителями проекта, и такимъ образомъ теоретическая мысль и ея практическое выраженіе имѣли общіе источники возникновенія.

Къ чести русской юридической мысли слѣдуетъ сказать, что и ранѣе воззрѣніе на гласность, какъ на существенную необходимость началъ процесса, было столь постояннымъ и жизненнымъ явленіемъ нашей литературы, что, можно смѣло утверждать, составляло ея традицію въ этомъ смыслѣ. Еще въ 70 годахъ 19 столѣтія профессоръ Чебышевъ-Дмитріевъ указывалъ на необходимость, при анализѣ гласности, изслѣдовать не принципъ, который несомнѣненъ, а изъятія, каковыя необходимо свести къ минимуму въ толкованіи [3]). Объ этомъ же настойчиво говорилъ Арсеньевъ въ своемъ до сихъ поръ не утратившемъ интереса „Судебномъ слѣдствіи“ [4]). Не менѣе настойчиво указываетъ на это Квачевскій. У него мы находимъ снова взглядъ, опредѣляющій главнымъ образомъ уголовно-политическое значеніе публичнаго производства судовъ [5]).

---

[1]) Журн. соед. деп. 1862 г., стр. 179 и 180.

[2]) Объясн. записка къ проекту у. у. с. 1900 г., ч. III, стр. 174.

[3]) Объ этомъ Чебышевъ-Дмитріевъ—Русск. уголовн. судопр., стр. 564. 1875 г.

[4]) стр. 4; 1871 г.

[5]) «Извѣстная и опытомъ доказанная истина, что хорошія учрежденія воспитываютъ народъ. Гдѣ суды закрыты и дѣйствія суда безгласны, тамъ подъ покровомъ тайны легко дѣлается беззаконіе, тамъ нѣтъ возможности знать, какъ выполненъ законъ, тамъ нельзя ждать довѣрія народа ни къ судамъ, ни къ фор-

*

Помимо этого законодательству было свойственно признаніе необходимости сдѣлать институтъ гласности имѣющимъ универсальное примѣненіе во всемъ ходѣ процесса, безъ какихъ бы то ни было изъятій отъ него. Въ замѣчательномъ разсужденіи по поводу предложенія изъять изъ гласности порядокъ отправленія суда въ Сенатѣ, мы читаемъ въ мотивахъ къ ст. 153. „Публичность засѣданія не только не можетъ унизить достоинство, или уменьшить значеніе судебнаго мѣста, но напротивъ, еще болѣе возвыситъ его въ общественномъ мнѣніи. Устраненіемъ публичности въ засѣданіяхъ Сената можно уронить достоинство этого высшаго въ имперіи судебнаго мѣста, возбуждая въ обществѣ недовольство къ тому, что совершается за закрытыми дверями“ [1]). Эти принципіальныя соображенія получили выраженіе въ дѣйствующемъ законодательствѣ, выразившись въ ст. 7 основныхъ положеній и ст. 88, 156, 620, 624, 884, 900, 918, 926 у. у. с. Сверхъ того, касаются вопроса публичнаго производства ст. 75 и условно ст. 76 уст. о ценз. и печати [2]).

Практика нашего высшаго судебнаго учрежденія шла также въ униссонъ съ цѣлями законодательства. Сенатъ сейчасъ же, по введеніи въ жизнь уставовъ, сталъ печатать во всеобщее свѣдѣніе свои рѣшенія, подходящія подъ 620 ст. $^{68}/_{160}$ $^{74}/_{733}$ $^{74}/_{112}$ $^{76}/_{268}$. По дѣлу Умецкихъ Сенатъ призналъ, что несоблюденіе правилъ о закрытіи дверей не влечетъ за собой кассацію производства, ибо закрытіе ихъ должно быть допускаемо лишь въ случаѣ явной необходимости. И напротивъ, несоотвѣтствующее закону требованіе закрытія дверей всегда признавалось Сенатомъ поводомъ къ отмѣнѣ приговора, таковы рѣшенія $^{1866}/_{45}$, $^{1868}/_{488}$. [3]).

Къ сожалѣнію, наше законодательство знаетъ весьма существенныя уклоненія отъ столь опредѣленно выраженныхъ истинъ. При самомъ возникновеніи уставовъ, журналъ соединен. департ. Государственнаго Совѣта [4]) указывалъ на необходимость изъятій вслѣдствіе соображеній чисто этическаго характера. „Хотя гласность является одною изъ лучшихъ гарантій правильности судебныхъ дѣйствій и однимъ изъ условій довѣрія общества къ суду, тѣмъ не менѣе она не должна быть распространена на такія дѣла, содержаніе коихъ оскорбляетъ самыя святыя чувства, служащія основаніемъ нравственности“. Конечно, при сопоставленіи этихъ послѣднихъ словъ соединенныхъ департаментовъ, нельзя не прійти къ заключенію, что въ нихъ изъятія гласности обосновываются какъ разъ тѣми соображеніями, которыми передъ этимъ ее защищали. Ибо въ глубинѣ „святыхъ чувствъ“ частныхъ лицъ всегда лежитъ необходимость въ признаніи аналогичныхъ идеаловъ общества въ дѣлѣ ихъ оскорбленія и, стало быть, тѣмъ большій интересъ къ разсмотрѣнію подобныхъ дѣлъ при открытыхъ дверяхъ. Уголовное законодательство, воспитывающее народъ, не можетъ отказываться во имя интересовъ частнаго эгоизма передъ лицомъ идеаловъ общественной полезности. Съ соціальной стороны немыслимо отказываться отъ драгоцѣнной возможности вносить посредствомъ суда идеальное предупрежденіе грядущихъ преступленій, вводя для леченія соціальнаго недуга гласность, въ качествѣ испытаннаго профилактическаго средства.

Еще болѣе затруднительно понять ссылку на чисто этическое соображеніе въ институтѣ, имѣющемъ и свое опредѣленное юридическое выраженіе. Являясь публично-правовымъ понятіемъ, гласность представляетъ собою не что иное, какъ установленіе постоянной юридической взаимозависимости между отправленіемъ правосудія и гражда-

---

мальностямъ. А безъ этого довѣрія нечего и надѣяться на содѣйствіе частныхъ лицъ къ отправленію уголовнаго правосудія, безъ содѣйствія же ихъ самая усиленная дѣятельность власти будетъ безсмысленная погоня за истиной». (Объ угол. преслѣд., ч. I, стр. 19). Квачевскій, 1869 г.

[1]) Суд. уст. изд. государ. канцеляр., III, 1867 г. Мотивы къ ст. 153.

[2]) Т. XIV изд. 1900 г.

[3]) Объ этомъ у Арсеньева, стр. 24.

[4]) 1864 г. стр. 56 и 57.

нами, по предположенію проникнутыми правомѣрными мотивами своей дѣятельности. Такимъ образомъ, оперированіе съ этическими понятіями оставляетъ въ забвеніи другую сторону системы обвинительнаго процесса, не давая ея отрицанію никакихъ обоснованій. Но подъ вліяніемъ этихъ соображеній и наступившихъ тенденцій къ суженію принятыхъ основаній процесса въ практической жизни, послѣдовали дополнительныя новеллы 12 февраля 1887 г. и 21 іюня 1897 г., создавшія довольно значительныя отступленія отъ провозглашеннаго кореннымъ началомъ публичнаго суда. Таковыя ограниченныя постановленія содержатся въ ст. 620[1], 620[2], 620[3], 621, 621[1], 622, 623 у. у. с. условно ст. 1056 и ст. 76, 78, 79, 80, 81 устава о цензурѣ и печати.

Затѣмъ, практика расширила ограниченіе публичности, помимо точныхъ указаній закона, еще и въ тѣхъ случаяхъ, которые законъ имѣетъ въ виду, какъ требующіе огражденія. Къ таковымъ относится, по словамъ Сената, „Нравственная неприкосновенность домашняго очага и предупрежденіе оглашенія тайнъ и публичнаго обсужденія предметовъ соблазнительнаго свойства". Самоочевидно, что такое расширеніе ограничительныхъ постановленій правилъ гласности, дѣлаемое Сенатомъ, является совершенно неправильнымъ, ибо и точный смыслъ ст. 621, и перечневая система, принятая въ ст. 620[2], исключаютъ всякую возможность такого пониманія несомнѣннаго желанія законодательства разсматривать всякое ограниченіе гласности, «какъ мѣру чрезвычайную». Разбирая по очереди систему ограничительныхъ правилъ, мы встрѣчаемъ прежде всего указанія на естественныя ограниченія гласности фактическими размѣрами помѣщенія. Здѣсь приходится повторить сказанное ранѣе относительно необходимости предоставить всѣмъ гражданамъ равную возможность проникать въ залъ судебнаго засѣданія. По вопросу о допустимости раздачи при этомъ билетовъ, нѣкоторые криминалисты высказываются вполнѣ категорично. Эли, напримѣръ, находитъ раздачу билетовъ, для посѣщенія суда, совершенно недопустимой: «раздача билетовъ, превращающая залъ судебнаго засѣданія въ театральный залъ, несовмѣстима съ достоинствомъ суда» [1]).

Что касается затѣмъ ст. 621, то нѣкоторыя ея постановленія вызываютъ серьезныя возраженія, во-первыхъ, съ чисто внѣшней стороны. Опредѣленіе для предсѣдателя суда возраста лицъ, посѣщающихъ залъ суда, вещь въ высокой степени затруднительная и несоотвѣтствующая многотруднымъ обязанностямъ, возложеннымъ на него закономъ. Во-вторыхъ, съ внутренней стороны, недопущеніе на засѣданіе женщинъ и учащихся въ высшихъ учебныхъ заведеніяхъ въ самомъ существѣ содержатъ крупныя порухи. Уравнивая женщину съ юридической стороны передъ закономъ и создавая ей рядъ льготъ даже въ области примѣненія наказаній, устанавливая въ ст. 68 законовъ основныхъ (старая редакція) отождествленіе съ закономъ рѣшеній суда, немыслимо ограничивать ее въ основныхъ и принципіальныхъ правахъ гражданства, сводящагося къ праву присутствія публики при разбирательствѣ дѣла. Мы находимъ здѣсь непримиримое впаденіе въ противорѣчіе съ самимъ собою суда, какъ верховнаго оградителя правъ гражданъ, съ совершенно необъяснимымъ ограниченіемъ цѣлой половины изъ нихъ въ правахъ, имъ самимъ признаваемыхъ наиболѣе существенными. Ограничительныя же постановленія въ отношеніи учащихся въ высшихъ учебныхъ заведеніяхъ не менѣе спорны. Возможность способствовать учебнымъ занятіямъ, требуемая закономъ въ качествѣ условія для допущенія учащихся въ высшихъ учебныхъ заведеніяхъ въ залъ суда, очевидно допустима лишь для студентовъ, изучающихъ юридическія

---

[1]) «Публичность суда должна служить поученіемъ и примѣромъ, а не источникомъ сильныхъ ощущеній, судъ долженъ быть открытъ для массы публики, а не для избранной части. Судья, раздающій билеты, унижаетъ достоинство своего званія, онъ вступаетъ въ сдѣлку съ порочнымъ любопытствомъ, оскорбляющимъ общественную совѣсть и гуманность, требующія уваженія къ личности подсудимаго». (к. VII, стр. 322 цит. соч.). Helie.

науки. Но въ такомъ случаѣ, весь громадный циклъ учащихся въ высшихъ учебныхъ заведеніяхъ техническаго характера останется внѣ входа въ залъ, а тамъ, въ громадномъ большинствѣ случаевъ, будутъ лица, уже перевалившія за возрастъ гражданскаго совершеннолѣтія.

Оказывается такимъ образомъ, что женщины или такой студентъ, имѣя возможность въ каждый моментъ оказаться вызванными въ судъ, въ качествѣ свидѣтеля или эксперта, на показаніе которыхъ, какъ на достовѣрное, могутъ ссылаться и обвиненіе и защита, которые можетъ быть дадутъ существенныя очертанія всему судебному приговору, не могутъ быть допущены въ залъ суда. Изложеннаго достаточно, чтобы признать полную необходимость устраненія этой статьи изъ законодательства, съ основнымъ принципомъ котораго она находится въ неизлечимомъ контрастѣ. Постановленія, изложенныя въ ст. 620², являются совершенно лишними при наличности существованія ст. 620³, гдѣ общими чертами предоставлено суду право на закрытіе дверей, при наличности общей опасности разбираемаго дѣла для общественной нравственности или государственнаго порядка. Затѣмъ ст. 620², съ ея точнымъ перечисленіемъ преступныхъ дѣяній, подлежащихъ ограниченію въ гласности, при разборѣ ихъ на судѣ не согласована съ ст. 621, указывающей на ограниченіе публичности не принципіальнымъ содержаніемъ преступной дѣятельности, а своеобразностью ея выраженія въ обстановкѣ. При этомъ, мысль законодателя совершенно опредѣленно требуетъ возможно полнаго ограниченія изъятій публичности, предписывая точное означеніе дѣйствій, изъятыхъ отъ гласнаго производства и ихъ причинъ.

Что касается ст. 621¹, то она свидѣтельствуетъ какъ бы о недовѣріи законодателя къ суду въ полномъ составѣ. Предоставляя министру юстиціи право закрытія дверей суда, при наличности дошедшихъ до него свѣдѣній о поводахъ къ устраненію публичности, названный законъ становится въ противорѣчіе съ принципіальными положеніями ст. 621, требующей для ограниченія гласности постановленія суда въ полномъ составѣ, и ставитъ въ опасность практику оказаться чрезвычайно разнообразной. Не имѣя возможности провѣрять точность имѣющихся свѣдѣній, министръ юстиціи можетъ оказаться въ затруднительномъ положеніи въ отношеніи рѣшенія столь важныхъ вопросовъ, которые самъ законодатель призналъ имѣющими рѣшающее значеніе для силы судебныхъ приговоровъ. Наконецъ, принимая за основаніе коллегіальное начало въ рѣшеніи всѣхъ важнѣйшихъ вопросовъ отправленія правосудія, не логично предоставлять главнѣйшее изъ нихъ единоличному вліянію министра юстиціи, при томъ незнакомаго со всей обстановкой дѣла.

На основаніи закона 4 сентября 1881 г., изложеннаго въ ст 17, примѣч. 1 къ ст. 1 уст. о предупр. и пересѣч. прест., генералъ - губернаторамъ, а гдѣ ихъ нѣтъ— министру внутреннихъ дѣлъ предоставлено право опредѣлять, какія дѣла должны слушаться при закрытыхъ дверяхъ. Очевидность противорѣчія даннаго закона со всѣмъ духомъ судебныхъ уставовъ и съ началами отдѣленія судебной власти отъ административной, провозглашенными въ ст. 1 и 2 учрежд. судебн. уст., столь велика, что говорить о ней я считаю излишнимъ. Не повторяя сказаннаго выше, при разборѣ постановленій иностранныхъ законодательствъ о необходимости допущенія полной гласности по дѣламъ объ оскорбленіи общественной нравственности, ибо считаю это вполнѣ доказаннымъ, мнѣ остается указать на постановленія ст. 620³ и 621¹, касающихся ограничительныхъ изъятій по дѣламъ о нарушеніи достоинства государственной власти, или охраненіи общественнаго порядка. Уже изъ постановленія ст. 621, корреспондирующей съ ст. 203, явствуетъ непреложное требованіе законодателя, прибѣгая къ столь рискованному и тяжелому для правосудія средству, какъ закрытіе дверей, по возможности сводить къ минимуму въ количественномъ и качественномъ отношеніи дѣйствія суда, происходящія въ тайнѣ. Исходя изъ этихъ соображеній, проф. Чебышевъ

считаетъ, что разрѣшеніе всѣхъ спорныхъ вопросовъ, могущихъ возникнуть при обсужденіи дѣла въ закрытомъ засѣданіи, должно происходить непремѣнно публично [1]). Насколько осторожны были составители уставовъ въ дѣлѣ ограниченія гласности по государственнымъ преступленіямъ, служитъ доказательствомъ разсужденіе касательно закрытія дверей по этимъ поводамъ [2]). Въ доктринѣ особенно настойчиво предостерегаетъ противъ обязательнаго закрытія дверей по дѣламъ, предусмотрѣннымъ ст. 620[3], профессоръ Тальбергъ, совершенно основательно говоря, что достоинство государственной власти можетъ пострадать гораздо сильнѣе отъ дѣйствій, компрометирующихъ эту власть въ общественномъ мнѣніи, нежели отъ разбирательства ихъ въ публичной обстановкѣ [3]).

Эти соображенія нашли себѣ подтвержденіе въ преніяхъ, возникшихъ въ коммисіи по составленію проекта новаго у. у. с. Восемь членовъ, въ томъ числѣ Спасовичъ, Случевскій, Кони, Таганцевъ и друг., полагали, въ интересахъ огражденія гласности, ставить закрытіе дверей, излож. въ ст. 620[3], не обязательнымъ во всѣхъ случаяхъ, а какъ это установлено въ Западно-Европейскихъ законодательствахъ, не опредѣляя преступныхъ дѣяній, замѣнить его факультативнымъ закрытіемъ дверей, по обстоятельствамъ каждаго даннаго случая [4]). Нѣкоторые изъ ревизіонныхъ отчетовъ, бывшихъ въ числѣ матеріаловъ коммисіи, стояли на той же точкѣ зрѣнія, по соображеніямъ, которыя я приводилъ выше, по моему—совершенно правильнымъ.

Нельзя однако признать то же въ отношеніи предложенія, исходящаго отъ вышеперечисленныхъ членовъ по поводу закрытія дверей въ дѣлахъ объ огражденіи достоинства государственной власти лишь министромъ юстиціи [5]). Соображенія, послужившія основнымъ мотивомъ, въ этомъ случаѣ сводились, по мнѣнію коммисіи, къ тому, что „судъ едва ли сможетъ оцѣнить политическія обстоятельства, составляющія предметъ судебнаго засѣданія“. Здѣсь прежде всего необходимо указать, что въ интересахъ огражденія довѣрія общества къ суду и его безпристрастію вмѣшательство центральной власти, судебно-административнаго характера, не должно быть допускаемо никогда.

Затѣмъ, нельзя не указать и чисто принципіальнаго соображенія, мѣшающаго признанію справедливости высказанныхъ соображеній. Министръ юстиціи не отличается въ содержаніи интеллекта ни въ качественномъ, ни въ количественномъ отношеніи отъ

---

[1]) Чебышевъ, цит. соч., стр. 564.

[2]) «Слѣдуетъ ли допускать закрытіе дверей судебныхъ засѣданій въ тѣхъ случаяхъ, когда преступленіе заключается въ распространеніи вредныхъ ученій? Если бы судъ служилъ первоначальнымъ и вмѣстѣ съ тѣмъ единственнымъ мѣстомъ оглашенія вредныхъ ученій, то гласное обсужденіе преступленій этого рода могло бы производить нѣкоторый соблазнъ въ средѣ присутствующихъ. Но вредныя ученія подвергаются разслѣдованію суда уже въ то время, когда они успѣли болѣе или менѣе проникнуть или словами пропаганды, или черезъ печатное слово. Распространители ихъ являются передъ судомъ не для своего торжества, но для обличенія проповѣдуемой ими лжи, поэтому въ открытомъ обсужденіи этихъ преступленій нельзя видѣть способа ихъ распространенія. Не тщательное сокрытіе вредныхъ ученій въ тайнѣ, а обличеніе ихъ здравою критикою есть самое дѣйствительное противъ нихъ оружіе. Съ этой точки зрѣнія, приговоръ суда есть также критика, но еще болѣе вліятельная, такъ какъ она исходитъ отъ имени законной и всѣми уважаемой власти, которая, порицая самое ученіе, вмѣстѣ съ тѣмъ и опредѣляетъ отвѣтственность лица, его распространявшаго. Необходимо, чтобы такая критика происходила гласно, какъ гласно распространялось самое преступленіе. Тайный судъ способенъ только дать вредному ученію больше, противъ дѣйствительнаго, значенія: онъ можетъ совершенно неправильно навести на мысль, что общество страшится его и признаетъ себя безсильнымъ для гласнаго его обсужденія. Въ преступленіи явно совершенномъ и могущемъ оказать не одно мѣстное, но и общее зло, особенно важно не подавать даже повода къ нареканію противъ справедливости судебнаго рѣшенія». Объясн. записка къ проекту уст. уг. судопр. 1863 г., стр. 298 и 299.

[3]) Русское угол. судопр. 1889 г., стр. 101.

[4]) Объ этомъ объяснит. записка ч. III, стр. 176 и 177. 1900 г.

[5]) id., стр. 179.

судебныхъ дѣятелей, среди которыхъ часто имѣются люди самой широкой эрудиціи и талантливой подготовки къ отправленію судебной дѣятельности. Принимая во вниманіе проницательность и оцѣнку, неизбѣжныя при правосудномъ рѣшеніи всякаго дѣла, видя судью изслѣдующимъ всю глубину паденія преступной воли, требуя отъ него всесторонность въ изученіи всѣхъ условій событія, необходимо помнить значеніе въ этомъ дѣлѣ судьи. Это онъ, и только одинъ онъ, можетъ изслѣдовать факторы преступности, степень развитія злой воли, связь дѣятельности виновнаго съ темпераментомъ, характеромъ, игрой его инстинктовъ. Установленіе всѣхъ этихъ признаковъ, воспроизводимыхъ впослѣдствіи на экранѣ судебнаго приговора, условіемъ его правосудности ставитъ всестороннее знакомство судьи съ политическимъ значеніемъ дѣла. И защита, и прокуроръ, и судъ сосредоточиваютъ обычно всѣ свои силы для наиболѣе вѣрнаго опредѣленія факта въ самыхъ потаенныхъ складкахъ его жизни. Идеи и чувства, инстинкты и принципы, двигающіе темный механизмъ преступленія, являются предметомъ особенно заботливаго изученія, особенной тщательности въ анализѣ, усилій въ синтезѣ. Возможность предположить, что судъ не сможетъ оцѣнить событія, для всесторонняго рѣшенія котораго призванъ, равносильна признанію невозможности существованія сколько нибудь совершеннаго суда.

Нельзя не отмѣтить также тенденціи коммисіи къ сокращенію гласности, выразившейся особенно рѣзко въ отмѣнѣ существующаго правила ст. 918, предписывающей докладъ дѣла въ Сенатѣ вести всегда въ публичной обстановкѣ. Особой коммисіей признана въ ст. 908 проекта возможность закрытія дверей засѣданія въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ ст.ст. 582, 583. Въ отношеніи гласности въ Сенатѣ нельзя не признать полной справедливости доводовъ въ пользу ея сохраненія, высказанныхъ составителями дѣйствующаго устава. Но кромѣ этого, принимая во вниманіе самый характеръ разбирательства дѣлъ, при наличности лучшихъ юридическихъ силъ страны, наиболѣе опытныхъ въ дѣлѣ веденія процесса, трудно допустить, чтобы они не сумѣли обезвредить возможнаго послѣдствія публичнаго оглашенія дѣлъ, заключающихъ общественную опасность.

Въ отношеніи всѣхъ перечисленныхъ статей нашего устава, ограничивающихъ примѣненія гласности, слѣдуетъ замѣтить, что законъ не указываетъ момента закрытія дверей, равно какъ и возвращенія суда къ публичному производству. Судебная практика въ этомъ отношеніи полагаетъ необходимымъ оканчивать обязательную публичность чтеніемъ обвинительнаго акта, а открытіе дверей пріурочивать къ моменту постановки вопроса о виновности. Я полагаю, что по данному вопросу слѣдуетъ признать какъ общее правило, что сплошные перерывы въ судебномъ производствѣ совершенно недопустимы въ виду категоричныхъ требованій, изложенныхъ въ ст. 621 у. у. с. Признавая начало публичности имѣющимъ рѣшающее значеніе въ процессѣ суда и объемля этимъ началомъ всѣ фазы производства судебнаго слѣдствія, законодатель не можетъ признавать за непубличнымъ производствомъ иного значенія, какъ тягостнаго и непріятнаго исключенія, которое и съ точки зрѣнія юридической и уголовно-политической должно быть разсматриваемо ограничительно. Помимо всего, въ соціальномъ отношеніи, прерывистость суда будетъ все же нѣкоторымъ лекарствомъ противъ грозы общественнаго недовѣрія къ судебной власти, неизбѣжно являющимся вмѣстѣ съ закрытіемъ дверей въ залъ судебныхъ засѣданій.

Что касается права предсѣдателя объ огражденіи порядка производства, предоставленнаго ему ст. ст. 154, 155 и 156 учрежд. суд. уст. и ст. ст. 617 и 618 у. у. с., нельзя не согласиться съ мнѣніемъ, высказаннымъ Арсеньевымъ[1]), что по очищеніи публикой зала двери суда должны быть открыты снова, ибо лишать подсудимаго столь

---

[1]) Суд. слѣд., стр. 75 и 76.

существенной гарантіи, какъ публичное производство, изъ-за поведенія публики, часто совершенно случайнаго, явно нельзя. Я могу добавить только къ этому, что такое закрытіе было бы недопустимо и по чисто юридическимъ соображеніямъ обстоятельствъ дѣла. Лишая хотя бы одного гражданина права посѣщенія зала суда, въ силу нарушенія порядка хотя бы огромнымъ большинствомъ собравшихся, государство вступило бы въ юридическое противорѣчіе съ самимъ собою, какъ охранителемъ, прежде всего, публичныхъ правъ индивида. При невозможности же какого либо производства по дѣлу о шумѣ или нарушеніи порядка публикой, единственное средство не нарушать принципа публичности суда, это—съ возстановленіемъ порядка въ залѣ суда, открытіемъ дверей, возстановить господство закона [1, 2]).

Глава XII.

Переходя къ разсмотрѣнію понятія гласности въ военномъ процессѣ, я полагаю доказательствомъ необходимости ея включенія въ существо процесса, въ достаточной мѣрѣ оправдываемую потребность войска въ совершенномъ судѣ, а отсюда и въ обязательности для послѣдняго общихъ юридическихъ основаній. Признавая за доказанное выше это обстоятельство, я полагаю несомнѣнно вытекающимъ, что судъ, соотвѣтствующій требованіямъ справедливости и, слѣдовательно, началамъ науки, не можетъ быть инымъ, какъ построеннымъ на обвинительномъ принципѣ. А обвинительныя начала, въ свою очередь, предполагаютъ гласность, какъ самое важное изъ всѣхъ остальныхъ. Тѣмъ не менѣе, въ иностранной доктринѣ и практикѣ далеко не одновременно была признана абсолютная необходимость гласности въ военномъ судѣ. Достаточно сказать, что такіе авторитетные юристы, какъ Zenk и Маркъ, признаютъ ее далеко не въ полной мѣрѣ въ примѣненіи къ военной подсудности. Первый считаетъ понятіе гласности даже не юридическимъ, а уголовно политическимъ понятіемъ, замѣчая только болѣе блестящую сторону института [3]). Не менѣе характеренъ отзывъ одного изъ ораторовъ германскаго рейхстага, при обсужденіи грядущей реформы въ судѣ 9-го декабря 1884 г. Ораторъ говорилъ, что гласность въ военномъ судѣ отнюдь не можетъ играть той роли, какую она имѣетъ въ судѣ общегражданскомъ [4]). Иногда довольно было пустячнаго повода, чтобы гласность попадала въ подозрѣніе и становилась въ положеніе преступника, лишеннаго „воды и огня.“ Такимъ поводомъ былъ случай съ адмираломъ Персано въ Италіи, судимомъ за проигрышъ боя при Лиссѣ. Привлеченный по ст. ст. 240 и 241, адмиралъ обвинялся между прочимъ въ томъ, что не во время началъ блокаду, и попутно же суду необходимо было разрѣшить массу техническихъ чисто вопросовъ, причемъ разсужденія печати на эту тему, имѣвшія матеріаломъ судебное слѣдствіе, и были ставимы гласности въ укоръ [5]).

Привлекалась конечно и исторія, въ роли строгаго судьи гласнаго производства, ибо рядомъ съ публичнымъ процессомъ старое человѣчество знало и существенныя его

---

[1]) Литература. Миттермайеръ, Mündlichkeit ff. 1845 г., S. 336, Глязеръ, Чебышевъ, Арсеньевъ (стр. 1—27).

[2]) Миттермайеръ, Законод. и юридич. практ. Helie, VI, p. 225, 563 и 564 и особ. VII, 474—490. Тальбергъ—Русск. уг. суд. § 26—29.

Случевскій—учебн. Чебышевъ-Дмитріевъ «Русское угол. судопроизв.», стр. 560 и слѣд.

Der mündliche öffentliche Anklage-Prozess und der gecheime schriftliche Untersuchungs-Prozess in Deutschland von Leue, 1840. Leipzig S. 206—240.

[3]) Zenk, цит. соч. S. 19.

[4]) Объ этомъ S. 239 парламентскаго отчета 1884 г.

[5]) Объ этомъ Zenk, цит. соч. S. 47.

ограниченія. Указывалось напримѣръ, что капитулярій Карла Великаго 789-го года почти уничтожилъ гласность по нѣкоторымъ преступленіямъ, установивъ для послѣднихъ особые тайные суды изъ 12-ти судей. Аналогичное правило извѣстно въ старомъ Исландскомъ процессѣ, гдѣ собравшійся народъ выслушивалъ приговоръ, на время же разбора дѣла удалялся отъ 12-ти засѣдателей, рѣшавшихъ все дѣло не публично[1]). Но въ качествѣ самаго сильнаго доказательства противъ гласности въ военномъ судѣ выдвигалась опасность ея для сохраненія дисциплины. Стоитъ вспомнить яростные выпады Шцмулы въ германскомъ рейхстагѣ противъ введенія гласнаго суда, чтобы убѣдиться, какъ туго проникала въ жизнь мысль о необходимости призвать гласность передъ военнымъ трибуналомъ. Возраженія дополнялись слѣдующими соображеніями: гласность не можетъ перевоспитывать тотъ кругъ людей сомнительной нравственности, изъ котораго рекрутируется преступленіе. Въ то же время, что касается существа процесса въ тѣсномъ смыслѣ, то, можно сказать, принципъ гласности едва ли можетъ быть выставленъ, какъ единственный путь отысканія правды къ изслѣдованію механизма преступленія во всей полнотѣ[2]). Конечно, институтъ столь признаннаго соціальнаго значенія имѣлъ гораздо большее количество защитниковъ, выдвигавшихъ ряды своихъ доводовъ въ ея пользу. Нѣкоторымъ изъ нихъ нельзя отказать въ убѣдительности и силѣ, тонкости логики и ясности доводовъ, практической обоснованности и логической правдѣ. Въ томъ же засѣданіи рейхстага, гдѣ Шцмула яростно нападалъ на сторонниковъ обвинительнаго суда, ссылаясь по обыкновенію на «тайну» повиновенія, были выдвинуты блестящіе доводы въ пользу обвинительнаго принципа военнаго процесса. Штауфенбергъ, напримѣръ, указывалъ на примѣръ Баварцевъ, имѣвшихъ съ 1868 г. обвинительный военный процессъ: «чѣмъ болѣе людей возьмете подъ знамена изъ среды гражданъ, тѣмъ настоятельнѣе будетъ требованіе, чтобы военные суды регулировались тѣми же принципами, которые упорядочивали всякіе суды вообще»[3]). И далѣе слѣдовали требованія обвинительнаго процесса съ гласностью впереди. Другіе ораторы указывали, что гласность судопроизводства должна быть введена въ суды войска хотя бы потому, что каждое правовое дѣяніе, параллельное съ нарушеніемъ воинскаго порядка, затрогиваетъ и общегражданскій интересъ. Особенно блестяща была рѣчь фонъ-Бара: «дисциплина покоится на вѣрѣ въ справедливость начальника, но какимъ путемъ могла бы быть освѣщена справедливость начальника, какъ не тѣмъ, что въ случаѣ сомнѣнія имѣло бы мѣсто гласное производство».

Въ Германской доктринѣ, кромѣ уже указанныхъ выше Боте и Фритціуса, особенно блестящимъ борцомъ за гласность выступилъ Kraus. Онъ доказывалъ, что въ военномъ процессѣ она еще болѣе необходима, чѣмъ въ общемъ, какъ гарантія справедливости противъ возможнаго произвола и какъ могущественная правовая опора обвиняемаго. На увѣренія противниковъ гласности въ безполезности института, при совершенной неосвѣдомленности гражданъ въ дѣлахъ о воинскихъ преступленіяхъ, Краусъ совершенно необоримо указывалъ, что всегда можно сдѣлать аудиторію вполнѣ компетентной, вводя въ ея составъ лицъ, знакомыхъ съ дѣломъ[4]). Почти тѣ же доводы въ пользу гласности въ Австріи, высказалъ наиболѣе извѣстный изъ современныхъ австрійскихъ военныхъ процессуалистовъ докторъ Вейсль [5]).

Во Франціи, конечно, столь рѣзкихъ противниковъ гласности, какихъ мы видимъ въ Германіи, найти не удастся, потому что, во первыхъ, политическая жизнь боль-

---

[1]) Объ этомъ Мауреръ s. 274.

[2]) Объ этомъ Маркъ стр. 230 и 231.

[3]) Засѣд. 14 декабря 1892 г.

[4]) Объ этомъ Kraus—Das Deutsche Militärstrafverfahren. München 1896 S. 121 и слѣд.

[5]) Neue Gezetzentv. u. s. v. S. 7, 52.

шого объема къ этому пріучила, и, помимо того, этому же способствовала историческая преемственность революціонныхъ традицій въ арміи, когда гласный судъ былъ апофеозомъ новаго судопроизводства, и вмѣстѣ съ идеей солидарной взаимности, проникающей въ армію, создавалъ доблесть войскъ, удивлявшихъ весь міръ. Фуше, Прадье Фодере, Форъ [1]) и Шампидри [2]) вполнѣ опредѣленно высказывались за наибольшее развитіе принципа публичности, теоретически соглашаясь со всѣми доводами, сдѣлавшими его господствующимъ принципомъ новаго суда. Но и они, какъ это будетъ видно ниже, признаютъ возможными столь существенныя отступленія отъ принятыхъ основаній, что отъ принципа не остается почти ничего. Невольно напрашивается вопросъ, зачѣмъ военной юстиціи сохранять этотъ бутафорскій орденъ, дѣлающій ее особой высшаго порядка, когда подъ нимъ скрывается жалкій дезертиръ, прибѣжавшій изъ лагеря ордонансовъ 1536 и 1670 гг. и теперь, для спасенія отъ глазъ названныхъ юристовъ, обрядившійся въ несвойственный ему костюмъ обвинительнаго процесса.

Изъ сказаннаго выше выясняются въ общемъ тѣ доказательства, которыми пытаются обосновать необходимость публичнаго производства. Списокъ ихъ въ общемъ не великъ и, хотя и перевѣшиваетъ въ серьезности доводовъ и логичности посылокъ имѣющійся у противниковъ, но въ общемъ доказываетъ очень мало. Чтобы изложить вполнѣ доказательно необходимость этого института, нужно его обосновать при помощи тѣхъ же методовъ соціологическаго и юридическаго, какіе одни даютъ возможность изучить всесторонне какой бы то ни было процессуальный принципъ. Пользуясь первымъ, мнѣ остается отослать читателя къ изложеннымъ выше доказательствамъ о необходимости гласности въ обвинительномъ порядкѣ судопроизводства. Признавая же доказаннымъ тожество общихъ принциповъ, для военнаго и гражданскаго процессовъ, равно какъ и необходимость въ войскѣ правосудія, совершенно совпадающаго въ идеяхъ и принципахъ съ общимъ судебнымъ аппаратомъ, обязательность примѣненія понятія гласности и въ военномъ правосудіи станетъ очевидной.

Но кромѣ указанныхъ основаній, я имѣю нѣкоторыя другія доказательства, которыхъ однихъ вполнѣ достаточно для признанія неизбѣжности введенія принципа публичности въ военный процессъ. Именно, вліяніе дисциплины дѣлаетъ необходимымъ осуществленіе правосудія совершенно открыто, ибо понятіе дисциплинированной воли по существу требуетъ максимума солидарной зависимости между всѣми членами войска, отъ Верховнаго Вождя до послѣдняго солдата. Нельзя не признать, что основаніемъ системы какихъ бы то ни было человѣческихъ отношеній является возможно полная солидарность между субъектами моральныхъ и юридическихъ правоотношеній. Психологія даетъ намъ возможность анализировать психическій статусъ личности, уяснить роль великихъ законовъ относительности и разсѣянія, которые имъ управляютъ. Эти первичныя производныя самыхъ глубокихъ нашихъ чувствованій и самыхъ пылкихъ идеаловъ служатъ, однако, лишь канвой, на которой соціологическіе навыки и законы, подражанія вышиваютъ пестрый узоръ историческаго момента и культурнаго состоянія.

Задачей войска, въ гораздо большей мѣрѣ, чѣмъ государства, является созданіе наивозможно полной солидарности между военнослужащими, ибо въ этомъ залогъ побѣды. Стремясь выработать эту солидарность, входящую составнымъ факторомъ въ чрезвычайно сложное понятіе дисциплины, Верховный Вождь долженъ оперировать съ личностью солдата, чтобы создать въ ней строй воли и дѣятельности, наиболѣе пригодный для функціи войска—побѣды на войнѣ [3]). Спенсеръ, съ присущей ему проницательностью, опредѣлилъ роль солидарности (кооперацiи) на войнѣ, отводя ей совер-

---

[1]) p. 212.
[2]) p. 101.
[3]) Объ этомъ Зиммель, цит. соч., стр. 163.

шенно поглощающее значеніе изъ всѣхъ остальныхъ формъ воинскаго поведенія [1]) Теорія ученаго оправдывается практикой жизни. Въ исторіи мы находимъ, что Фридрихъ I въ законахъ, изданныхъ для войны съ Миланомъ, отводилъ особенно большое вниманіе прекращенію ссоръ въ войскѣ. Даже рыцари, за нарушеніе этихъ правилъ, теряли оружіе и изгонялись изъ войска [2]). По словамъ Тита Ливія, Римъ, съ его легендарной дисциплиной войскъ, понялъ это значеніе солидарности и примѣнялъ его въ полной мѣрѣ. Товарищи по манипулѣ клялись не покидать сосѣдей въ шеренгѣ, развѣ надо поднять стрѣлу, спасти соратника, или убить врага [3]). Въ новѣйшее время дисциплина была даже отождествлена съ солидарностью такимъ проницательнымъ мыслителемъ, какъ Милль, который отводилъ ей величественную роль сведенія индивидуальныхъ навыковъ человѣчества къ такимъ правиламъ, которыя могли бы контролировать побуды и развивать соціальные принципы [4]) [5]).

Солидарность усилій неизбѣжно влечетъ за собой чувство довѣрія, довѣріе солдатъ другъ къ другу, вѣру въ начальника и вѣру начальника въ солдатъ. Необходимо, чтобы начальникъ былъ достоинъ этой вѣры, сначала сознательной, и лишь потомъ абсолютной и слѣпой. Нужно, чтобы онъ былъ носителемъ великихъ идеаловъ, чистаго одушевленія, благородной, правой и этической борьбы [6]). Но что же можетъ болѣе энергично и съ большею основательностью поддерживать чувство довѣрія къ начальнику, какъ не принципъ правильнаго и постольку гласнаго суда.

Вызывая чувство солидарности въ войскѣ всѣми силами, употребляя для этого исторію и право, религію и этику, націонализмъ и универсальные идеалы, военоначальникъ добивается войска, проникнутаго солидарностью и черезъ нее дисциплиной. Солдаты слились другъ съ другомъ въ чувствѣ смертнаго братства, благородной взаимности, патріотическаго единенія. Они готовы умирать въ бою, встрѣчая одинъ другого, бросаясь на встрѣчу страданію, готовы замѣнить собою боевого друга, чтобы дать ему наслажденіе побѣды и славы. Они ставятъ выше всего свою воинскую честь, они хранятъ ее какъ женщина дѣвственность, какъ апостолъ религію, какъ ученый доктрину. Все слито, спаяно, втиснуто другъ въ друга, готово къ борьбѣ. Вдругъ въ эту стройную симфонію воли и духа, патріотизма и человѣчности, врывается преступленіе. Нужно знать, гдѣ виновный, онъ только заподозрѣнъ. Начальникъ говоритъ—«завтра судъ». Если въ гражданской жизни преступленіе «общественное бѣдствіе» (слова Д'Агессо), въ войскѣ оно—позоръ. Горе несчастному, омрачившему дѣяніемъ безсмертную славу войска.

И вотъ эта сближенная долгой работой машина человѣческихъ воль и умовъ, сердецъ и желаній, ждетъ и трепещетъ. Если одному изъ товарищей суждено погибнуть, пусть всѣ знаютъ, что онъ погибаетъ правильно. Солдатъ или офицеръ, генералъ или подчиненный, не можетъ отдать товарища безъ боли, безъ ужаса, безъ содраганія. Онъ долженъ самъ убѣдиться, что преступникъ найденъ, что онъ виновенъ, что произволъ отсутствуетъ, тайны не существуетъ. Тогда онъ склоняется передъ необходимостью,

---

[1]) «Война предполагаетъ взаимное содѣйствіе, кооперацію, а такая кооперація встрѣчаетъ большую помѣху во взаимной враждѣ между людьми, которые должны помогать другъ другу. Вниманіе начальника обращается на тотъ фактъ, что ссоры между подчиненными ставятъ въ опасность его военный успѣхъ. Поэтому онъ стремится къ уменьшенію взаимныхъ нападокъ и обидъ, производящихъ эти ссоры». Научн. основы нравств., стр. 131, 1896 г.

[2]) Объ этомъ Дангельмайеръ—Ист. воен. угол. права, стр. 42.

[3]) Объ этомъ де Пикъ, стр. 38.

[4]) О свободѣ, стр. 267. 1882 г. Петербургъ.

[5]) О знач. солидарности, великолѣпное мѣсто у Рюстова—Ист. пѣхоты, стр. 184, ч. I.

[6]) Объ этомъ Лямиро: «Чувство вѣрности и повиновенія имѣетъ значеніе для индивидуальной природы, но не для коллективной. Когда начальствующій, напримѣръ императоръ, въ ореолѣ генія, нуждаясь въ побѣдѣ—требуетъ повиновенія, масса его ему даетъ полностью безотчетно». (Lamireaux, p. 28).

тогда онъ, какъ Авраамъ сына передъ Богомъ, броситъ товарища на жертвенный камень. А это возможно лишь въ гласномъ судѣ. Закрытіе дверей удаляетъ войско отъ возможности знать всѣ перипетіи процесса. Наполненная токами сочувствія, зараженная волной состраданія, привыкшая къ самоотреченію масса протестуетъ. Отдать товарища на смерть и, болѣе того, покрыть его имя позоромъ, нельзя не убѣдившись очевидно, что онъ виновенъ. Масса не вѣритъ вождю, закрывшему дверь суда, она боится, и эта боязнь, и это недовѣріе губитъ всеобщую солидарность, общее признаніе авторитетной воли, а съ нею дисциплину. А безъ дисциплины нѣтъ войска.

Глава XIII.

Обращаюсь теперь къ разсмотрѣнію догмы процессуальной иностранныхъ государствъ. Какъ я уже говорилъ выше, живая вода, потребности въ обвинительномъ судѣ, давно уже просачивалась въ германскомъ законодательствѣ черезъ гранитные пласты всевозможныхъ тайнъ и каменныхъ авторитетовъ. Это движеніе шло попутно съ стремленіемъ къ суженію военной подсудности, и особенно ярко сказалось въ законѣ 3 мая 1890 г., изъявшемъ отставныхъ офицеровъ отъ подсудности военнымъ судамъ. Практически еще законы 1869 года приняли въ Баварской арміи основанія гласнаго суда, причемъ изъятія изъ нихъ предусматривались ст. 137—139. Постановленія названныхъ статей излагали въ общемъ тѣ же соображенія, какими устраняется гласность въ общихъ судахъ, плюсъ наличность требованій спеціальныхъ военныхъ интересовъ [1]) [2]). Именно эти постановленія баварскаго военнаго законодательства и были въ виду въ доктринѣ у сторонниковъ публичнаго производства, которые единогласно указывали на необходимость введенія въ германскую военную процедуру законовъ по Баварскому образцу [3]).

При введеніи дѣйствующаго германскаго устава в. с. основными принципами было сведеніе возможныхъ отклоненій отъ общаго права къ минимуму и потому основой конструкціи публичности въ новомъ военномъ судѣ была организація ея примѣнительно къ 170, 174[1], 175[1], 176[1], 177, 178[1], 179, 272 п. 5 и 377 ст. германскаго у. у. с. Военно-судебный уставъ изложилъ постановленія, касающіяся гласности, въ ст. 282, 283, 284, 285, 286, 288, 287 и 332. Положительныя постановленія устава содержатся въ ст. 282, 284, отчасти въ ст. 285 и ст. 332. Остальныя изъ перечисленныхъ выше заключаютъ отрицательныя ограниченія, причемъ содержаніе ихъ даетъ такой широкій просторъ устраненію публики отъ наблюденія за правосудіемъ, что гласность слѣдуетъ считать фактически сведенной къ нулю. Уже изъ количественнаго сравненія положительныхъ указаній съ отрицательными виденъ огромный перевѣсъ послѣднихъ. На двѣ статьи, безусловно провозглашающихъ публичность (282 и 332), приходится семь статей, изъ коихъ пять устраняютъ ее безусловно.

Особенно важно въ этомъ отношеніи разобрать предписанія законодательства, изложенныя въ ст. 283, ибо при ея существованіи всѣ остальныя являются совер-

---

[1]) Объ этомъ Kraus, S. 121—122 цит. соч.

[2]) Schultgeiss, Ueber die Oeffentlichkeit im künftigen deutschen Militärstrafprozesse, 1893, Würzburg. S. 35—36. См. также 30—34—поразительно одинаковыя съ Дангельмайеромъ сужденія по поводу военнаго порядка и суда.

[3]) Объ этомъ Краусъ, Боте, Ценкъ и Фритціусъ, цит. соч. Историч. части.

шенно излишнимъ придаткомъ, только загромождающимъ законодательство. Ст. 283 устраняетъ гласность въ производствѣ, по соображеніямъ сохраненія нравственности и общественнаго порядка, безопасности государства и интересовъ военной службы. При этомъ законъ корреспондируетъ съ § 8 имперскаго военнаго закона отъ 2 мая 1874 г., предоставляющаго право императору устранять публичность въ войскахъ по дѣламъ о нарушеніи дисциплины. Статья 283 далѣе придаетъ неравную цѣну поводамъ устраненія публичности, выдѣляя изъ нихъ особенно безопасность государства. Законодатель, такимъ образомъ, указываетъ вполнѣ опредѣленно на необходимость осторожности въ пользованіи остальными поводами ограниченія, упомянутыми въ томъ же опредѣленіи закона. Въ отношеніи охраненія общественнаго порядка и нравственности къ ст. 283 можно полностью примѣнить выводы, сдѣланные мною при разсмотрѣніи соотвѣтственныхъ постановленій общаго у. у. с., послужившаго ей образцомъ. И если что нужно добавить, такъ это указаніе на необходимость особой осторожности въ пользованіи правомъ закрытія дверей, по доводамъ особаго стремленія охраненія военнаго суда отъ нареканій.

Въ самомъ дѣлѣ, при введеніи реформы въ общіе суды, доктрина единогласно указывала на цѣль гласности—поднять довѣріе націи къ суду и усилить средства къ оправданію подсудимаго, какъ важнѣйшихъ гарантій правового государства. Еще болѣе настойчиво шло страстное движеніе въ рейхстагѣ и обществѣ съ 70-хъ годовъ прошлаго вѣка въ пользу введенія гласности въ военномъ судѣ, гдѣ единодушно указывалась необходимость умѣрить страшное оружіе, находящееся въ рукахъ военной власти, введеніемъ общественнаго контроля и необходимаго установленія довѣрія націи къ правосудности военныхъ приговоровъ. Поэтому, вполнѣ послѣдовательно было бы, именно въ виду наблюдаемаго въ обществѣ сомнѣнія въ полнотѣ справедливости военныхъ судовъ, не расширять ограниченія гласности, установленной для судовъ гражданскаго вѣдомства, а напротивъ, сокращать ихъ какъ только возможно.

Что касается имперскаго закона 2 мая 1874 года, съ которымъ корреспондируетъ ст. 283, онъ содержитъ въ себѣ двѣ порухи. Во-первыхъ—изъятіе военныхъ судовъ отъ контроля гласности совершается не въ силу абстрактной всеобщности законодательнаго изволенія, а по дискреціонной, а стало быть вполнѣ случайной, дѣятельности императора, какъ верховнаго герихтсхерра. Но то же германское законодательство, какъ я указалъ выше, не даетъ императору въ руки всецѣльную власть въ созданіи воинскихъ кодексовъ и порядка суда, а напротивъ, проводитъ ее въ общемъ конституціонномъ порядкѣ. Отсюда ясна полная непослѣдовательность германскаго законодательства, предоставляющаго совершенно дискреціонную власть въ руки императора въ дѣлѣ устраненія важнѣйшихъ гарантій процесса. Другой дефектъ закона сводится къ устраненію публичности по тѣмъ именно дѣламъ въ войскѣ, гдѣ сохраненіе гласности особенно необходимо, и именно въ цѣляхъ поддержанія дисциплины. Гарантіи противъ неправильнаго ограниченія публичности засѣданій, изложенныя во 2-ой части ст. 285, совершенно безсильны, особенно если признать ихъ относящимися къ § 8 закона 2 мая 1874 г. Нѣсколько болѣе существенными гарантіями могутъ разсматриваться требованія мотиваціи исключенія гласности, но при общей растяжимости законодательныхъ опредѣленій въ этомъ отношеніи и особенно при первородномъ грѣхѣ законодательства въ видѣ ст. 8 упомянутаго имперскаго военнаго закона, эти гарантіи рѣшительно не играютъ существенной роли. Это тѣмъ болѣе доказательно, что вопросъ объ устраненіи публичности согласно требованію ст. 285 обсуждается непремѣнно въ публичномъ засѣданіи.

Статья 287 германскаго в. с. у. принадлежитъ къ немногому числу законодательныхъ постановленій, вызывающихъ улыбку. Постановленія ея изумительны, она безусловно запрещаетъ входъ въ публичный залъ военнослужащимъ въ чинахъ мень-

шихъ, нежели подсудимый. Понять постановленіе этой статьи положительно невозможно. Въ мотивахъ проекта кодекса, при внесеніи его въ парламентъ, она никакъ не объяснена, а въ преніяхъ не получила должнаго развитія. Признавая необходимымъ ввести публичность въ военный процессъ, какъ гарантію противъ злоупотребленій властью, допуская въ залъ суда публику, часто мало освѣдомленную въ подробностяхъ воинскихъ преступленій, законодатель въ то же время отстраняетъ лицъ, для которыхъ по преимуществу и введенъ институтъ публичнаго суда.—Вы заинтересованы въ исходѣ дѣла на судѣ, говоритъ онъ, вы нуждаетесь въ полномъ освѣщеніи вопроса, и я признаю, что въ интересахъ огражденія дисциплины слѣдуетъ допустить слушаніе при открытыхъ дверяхъ. Я согласенъ во всемъ съ вами, но здѣсь судится генералъ, совершившій величайшее воинское преступленіе, предавшій интересы отчизны, сдавшій крѣпость врагу и т. д., а потому всѣ служащіе офицеры, начиная съ чина полковника, удалитесь. Вы будете читать въ газетахъ сужденія и вкривь и вкось о происходившемъ въ залѣ. Ваши братья, ваши сыновья, если они статскіе, всѣ, кто не участвовалъ непосредственно въ сраженіяхъ, чья честь не затронута позоромъ сдачи, будутъ слѣдить за малѣйшими перипетіями дѣла. Стойте у крыльца суда, дожидайтесь выхода людей, вамъ не знакомыхъ, ловите жаднымъ слухомъ о томъ, что тамъ происходитъ, но не дерзайте входить туда, гдѣ судится завѣдомый преступникъ, старшій чиномъ. И это еще при существованіи института герихтсхерровъ, которые сами по себѣ уже угроза дѣлу правосудія, гдѣ стало быть всякое учрежденіе, гарантирующее безпристрастность, имѣетъ особенно большое значеніе.

Постановленіе статьи 288, ставящее женщину въ рядъ съ лицами, потерявшими гражданскія права, или являющимися въ непристойномъ видѣ, дѣлаетъ излишнимъ всякій анализъ ея болѣе подробный. Разборъ остальныхъ частей не можетъ дать ничего новаго для уясненія законодательства германскаго воен. суд. устава. Наивныя въ своей простотѣ опасенія творцовъ германскаго в. с. устава за возможность умноженія юридическаго элемента (объ этомъ выше) только указываютъ общее направленіе мысли его авторовъ, и сами по себѣ подготовляютъ читателя къ дальнѣйшимъ выводамъ, не менѣе удачнымъ въ юридическомъ смыслѣ.

Во Франціи постановленія, ограждающія гласность, изложены въ ст. 113, 115, 117, 136, 140, 165, 172, 174, 212 и 213 в. суд. уст. [1]). Центръ тяжести всего принципа публичнаго производства находится въ ст. 113, первая часть которой его устанавливаетъ, а вторая сжимаетъ. Слова Беранже невольно приходятъ на память, когда читаемъ пышныя постановленія французскихъ кассаціонныхъ рѣшеній, разъясняющихъ примѣненіе названной статьи къ дѣлу. «Закрытіе дверей можетъ быть постановлено не иначе, какъ вслѣдствіе мотивированныхъ постановленій суда», говоритъ рѣшеніе кассаціоннаго суда 12 декабря 1823 г. Но достаточно суду обосновать свое заключеніе о закрытіи дверей тѣмъ, что гласность нарушаетъ порядокъ или нравственность, какъ всякое отступленіе отъ установленнаго закономъ общаго порядка суда сдѣлается совершившимся фактомъ. Признанный коментаторъ французскихъ военно-судебныхъ установленій Фуше въ этомъ случаѣ является блестящимъ подтвержденіемъ высказанныхъ соображеній. Обсуждая постановленія 113 ст., онъ высказалъ вполнѣ правильное соображеніе, что возникновеніе всякихъ спорныхъ вопросовъ, на протяженіи закрытыхъ засѣданій, должно обязывать судъ на время ихъ рѣшенія открывать двери суда для публики. А рядомъ съ этимъ тотъ же ученый говоритъ совершенно спокойно, что «если инцидентъ произошелъ вслѣдствіе примѣненія дискреціонной власти предсѣдателя, то двери открываться и не должны». Затѣмъ, для пониманія ст. 113 важенъ циркуляръ военнаго министра, отъ 28 іюля 1857 года, предписывающій закрывать

[1]) Объ этомъ Champoudry, p. 391 et 101; Foucher, p. 323 и слѣд. Pradien Foderé, p. 212 и слѣд.

двери суда даже среди засѣданія, если показанія обвиняемаго, или свидѣтелей, укажутъ на такую необходимость [1]).

Кассаціонная практика дала также рядъ разъясненій, чрезвычайно сузившихъ примѣненіе 113 ст. къ практической жизни. Согласно рѣшенію кассаціоннаго суда [2]), устраненіе публичности распространяется на засѣданіе съ момента чтенія обвинительнаго акта. Затѣмъ, такъ какъ постановленія закона не ясны относительно ограниченія гласности для отдѣльныхъ моментовъ производства, то кассаціонныя рѣшенія и здѣсь предоставляютъ возможность устранить публичность въ любомъ промежуткѣ процесса и, что еще болѣе замѣчательно, на опредѣленную часть публики [3]). Постановленія же, благопріятныя для поддержанія гласности, сводятся къ предоставленію права братьямъ и отцу обвиняемаго присутствовать на закрытыхъ засѣданіяхъ [4]). Другое гораздо болѣе значительное постановленіе для гласности предоставляетъ право предсѣдателю допускать слушателей изъ адвокатовъ и другихъ лицъ съ его разрѣшенія, но при этомъ условіемъ допуска ставится отсутствіе протеста со стороны обвиняемаго, что уже совершенно противорѣчитъ прямому постановленію закона [5]). Понятіе гласности, выдвигаемое въ процессѣ, какъ публично правовой институтъ, дѣлается въ интересахъ общественныхъ и пользахъ государства. Разсматриваемое какъ принципіальное основаніе правосудія, оно является, по выраженію профессора Случевскаго, «маякомъ, освѣщающимъ путь судьѣ въ его дорогѣ». И вдругъ, этотъ маякъ можетъ быть потушенъ однимъ произволомъ подсудимаго, часто можетъ быть заинтересованнаго въ недопущеніи публики въ залъ суда, для сокрытія нѣкоторыхъ подробностей преступленія, предполагаемыхъ имъ извѣстными нѣкоторымъ изъ возможныхъ посѣтителей суда.

Что касается юридической стороны понятія гласности, то она развита въ рядѣ кассаціонныхъ рѣшеній 6 февраля 1812 года, 28 іюня 1838 г., 30 мая 1839 г., 10 іюня 1851 г. Они сводятся къ признанію гласности, допущенной однимъ открытіемъ дверей, хотя бы не было ни единаго зрителя, принимая же во вниманіе возможность, по толкованію коментаторовъ, переноса суда въ любое мѣсто, гласность тѣмъ самымъ можетъ быть фактически устранена совершенно. Попутно же практика кассаціонныхъ рѣшеній сужала понятіе гласности до чрезвычайныхъ размѣровъ, устанавливая право суда, помимо требованій прокурора или сторонъ, запрещать гласность относительно опубликованія состава суда, имени защитника и т. п. [6]). Легко видѣть, что при общей широтѣ и неопредѣленности ограничительныхъ положеній закона, изложенныхъ въ ст. 113, при отсутствіи въ судахъ юридическаго элемента, возможны столь громкія нарушенія правъ подсудимаго и справедливости черезъ ненадлежащее пользованіе правомъ закрытія дверей, что скандалъ разростается на весь міръ. Достаточно вспомнить дѣло Дрейфуса, когда не имѣющіе спеціально юридическаго образованія военные судьи совершенно искренно совершали чудовищныя, съ юридической точки зрѣнія, вещи, разсматривая въ тайнѣ отъ подсудимаго документы, которые потомъ, не предъявляя ни ему, ни защитнику, положили въ основу приговора.

Въ то же время, наиболѣе видный изъ французскихъ военныхъ процессуалистовъ, Прадье Фодере [7]) такъ же какъ и старѣйшій, Фуше, настойчивѣйшимъ образомъ предлагали практикѣ вводить гласность по всѣмъ дѣламъ безъ исключеній, разъ къ

---

[1]) Объ этомъ Фуше, стр. 323.

[2]) Cass. pr. 10 октября 1857 г.

[3]) C. P. 19 febr. 1851 г. и циркуляръ министра юстиціи отъ 9 ноября 1821 года.

[4]) Cass. p. 19 febr. 1851 г.

[5]) Объ этомъ Cass. p. 19 febr. 1851 г.

[6]) Cass. pr. avr. 23, 1854; 28 febr. 1860 и, наконецъ, Circ. du directeur de la sûreté general 28 aug. 1853.

[7]) p. 210—212. Champoudry, p. 101.

этому представлялась малѣйшая возможность. Теоретическія стремленія законодателя сдѣлать гласность основнымъ принципомъ суда сказываются въ положеніяхъ ст. 136, требующей мотивировки постановленія объ ограниченіи гласности и провозглашенія приговора непремѣнно публично. Но легко видѣть изъ приведенной выше кассаціонной практики, что требованія закона оказываются въ общемъ очень платоническими, разъ основанія къ устраненію публичности столь неопредѣленно широки.

Ст. 115, какъ относящаяся къ функціямъ административной власти предсѣдателя и устраняющая публичность лишь по мотивамъ чисто полицейскаго характера, не можетъ считаться отступленіемъ отъ принципіальныхъ началъ, провозглашенныхъ уставомъ, если обратный впускъ публики вполнѣ возможенъ тотчасъ по очищеніи зала. Изъ приведеннаго выше кассаціоннаго постановленія, однако, явствуетъ возможность раздѣленія публики для вторичнаго входа въ залъ, съ предоставленіемъ права посѣщенія суда какой-либо части единоличной властью предсѣдателя, и это, конечно, находится въ непримиримомъ противорѣчіи съ постановленіями закона, требующими опредѣленія всякаго ограниченія гласности исходящимъ лишь отъ суда, въ полномъ его составѣ.

Таковъ характеръ французскаго военнаго кодекса, сдѣлавшій изъ него сложную и громоздкую машину, въ которой, вслѣдствіе расплывчатой общности первоначальныхъ положеній, пришлось въ теченіе полувѣка производить безчисленныя поправки и дополненія. Вообще, во французскомъ кодексѣ мы находимъ громоздкую массу, въ которой всѣ событія, пережитыя Франціей съ эпохи 1808 года, нашли свое отраженіе. Кассаціонныя рѣшенія 1812 года и реформа предварительнаго слѣдствія 1897 г., революціонная общность и реакціонная мелочность, теоретическое преклоненіе передъ общественнымъ мнѣніемъ и удовлетвореніе практическихъ требованій момента—нашли себѣ странное совмѣщеніе, уживаясь бокъ о бокъ въ капризномъ сочетаніи.

Потребность реформы и неудовлетворительность общихъ постановленій кодекса были очевидны, и съ 1870 года шла усиленная работа юридической мысли, требующей построенія процесса примѣнительно къ требованіямъ новѣйшихъ теченій науки. Послѣдній проектъ 1906 года, повидимому, принялъ въ основаніе всю наличность усилій юридической мысли конца 19 вѣка, но обсужденіе его въ палатѣ пріостановилось на половинѣ и потому мы лишены возможности сейчасъ подвергнуть его разсмотрѣнію.

Обращаясь къ анализу нашего военнаго законодательства, слѣдуетъ указать на чрезвычайно большое количество опредѣленій, касающихся основного принципа гласности, который оно, вслѣдъ за обще-уголовнымъ уставомъ, приняло въ качествѣ руководящаго начала. Таковы статьи 93, 96, 97, 108, 109, 110, 111, 119 в. с. у., соотвѣтствующія статьямъ 155, 157 учр. суд. уст. и 618 ст. у. у. с. и 593, 594, 664, 672, 677, 788, 789, 790, 790[1], 792, 793, 794, 795, 922, 923, 924, 925, 926, 936, 937, 939 в. с. у. Принявъ за основаніе правило какъ можно ближе уподобить устройство военныхъ судовъ устройству общихъ судовъ государства и изъ законоположеній общихъ гражданскихъ судовъ принять всѣ тѣ, которыя не противорѣчатъ спеціально военнымъ требованіямъ [1]),—составители нашего военно-судебнаго устава внесли въ него, конечно, и основныя понятія гласности. Безъ этого немыслимо было исполненіе желанія Императора Александра II—создать въ русской арміи процессъ, удовлетворяющій требованіямъ справедливаго и милостиваго суда. Поэтому основныя положенія, касающіяся гласности, въ нашемъ военно-судебномъ уставѣ во многихъ случаяхъ являются какъ бы перифразой соотвѣтствующихъ статей общегражданскихъ судебныхъ установленій. Это сразу бросается въ глаза при сопоставленіи ст. 788[2] и 620[2], ограничивающихъ публичность засѣданій, ст. 788 в. суд. уст. и 620 общ. уст. у. с., устанавливающихъ ее какъ основу

[1]) Сборникъ законод. работъ, стр. 13. 1867. Петербургъ.

производства, или сличеніи статей 108, 109, 110, 111 и 119 в. с. уст. и 155, 157 учр. суд. уст. и 618 у. у. с. и др.

Уже изъ приведенныхъ выше словъ творцовъ нашего военнаго процессуальнаго кодекса и указаннаго соотвѣтствія законодательныхъ опредѣленій видно, что спеціальныя основанія, побудившія ввести публичность производства въ наше общеуголовное процессуальное право, были раздѣляемы и составителями военно-судебнаго устава, признавшими въ немъ единственное начало, общее всякому учрежденію, соотвѣтствующему понятію суда. Признаніе этого начала было столь несомнѣнно для составителей первоначальной редакціи нашего военнаго процесса, что въ Сборникѣ законодательныхъ работъ мы находимъ чрезвычайно мало постановленій, непосредственно относящихся до этого вопроса, сущности котораго было суждено выясниться лишь позже, черезъ 15 лѣтъ, именно при обсужденіи реформы 1882—1885 г. Эта реформа, получивъ всестороннее обсужденіе въ лицѣ членовъ коммисіи, была еще кромѣ того матеріаломъ для высказыванія сужденій наиболѣе блестящихъ строевыхъ представителей нашей арміи, какъ напримѣръ генерала Скобелева II, а главное—привлекла къ обсужденію вопроса въ составахъ военно-окружныхъ судовъ нашъ юридическій элементъ, давшій цѣнныя указанія. Я буду пользоваться именно матеріаломъ по пересмотру военно-судебнаго устава потому, что здѣсь имѣется судебная практика, въ теченіе цѣлыхъ 15 лѣтъ, въ которыя новые суды выдержали испытаніе побѣдоносной войны 1877 г. и стало быть заключеніе теоріи здѣсь особенно умѣстно провѣрить данными ея ближайшаго осуществленія въ опытѣ дѣйствительной жизни. При обсужденіи записки главнаго военнаго прокурора, легшей въ основу обсужденія предмета реформы въ ея цѣломъ и частяхъ, мы можемъ также констатировать признаніе необходимыхъ началъ общаго обвинительнаго процесса, какъ существенной гарантіи истины. Я указывалъ выше на основаніе, которому должно удовлетворять правосудіе вообще и военное, какъ его подчиненная вѣтвь, въ частности. Замѣчательно въ этомъ отношеніи мнѣніе коммисіи по составленію воен. суд. уст., выраженное устами ея предсѣдателя, великаго князя Константина Николаевича, по поводу введенія защиты въ военные суды. «Военные суды суть такіе же органы общей въ государствѣ юстиціи... а потому нѣтъ ни повода, ни достаточныхъ основаній лишать военнослужащихъ общаго права подсудимыхъ пользоваться учрежденіемъ присяжныхъ повѣренныхъ» [1]).

Я подробно установилъ необходимость публичности по соціальнымъ и юридическимъ основаніямъ въ судахъ вообще, но я далъ также спеціальное обоснованіе необходимости гласности въ интересахъ сохраненія дисциплины. Приведу здѣсь глубокую оцѣнку значенія гласности для судей, на основаніи самоанализа прокурорскаго надзора Московскаго военно-окружнаго суда: «Непубличное разсмотрѣніе дѣлъ чрезвычайно вредно вліяетъ на отношенія лицъ военно-судебнаго вѣдомства къ исполненію своихъ обязанностей во время судебнаго процесса. И судья, и прокуроръ, и защитникъ, зная, что дѣло будетъ слушаться при закрытыхъ дверяхъ, обыкновенно не изучаютъ дѣла какъ слѣдуетъ и во время самого засѣданія недостаточно строго относятся къ своимъ дѣйствіямъ; это неустранимое явленіе извѣстно всякому практику и никакія мѣры не смогутъ такъ дисциплинировать должностныхъ лицъ, какъ гласное разслѣдованіе дѣла» [2]).

Теперь при анализѣ, болѣе подробномъ, нашего законодательства мнѣ остается только констатировать тѣ несоотвѣтствія, которыя въ нихъ окажутся въ отношеніи критеріевъ, установленныхъ мною выше. Нельзя не признать съ чувствомъ глубокаго удовлетворенія, что всѣ наши окружные суды безъ исключенія дали, при обсужденіи

---

[1]) Сборникъ законод. работъ, стр. 818. Объ этомъ также интересныя обсужденія, изложенныя на стр. 838, 839 того же Сборника.

[2]) Стр. 84.

условій будущей реформы, самые рѣшительные отзывы о необходимости наибольшей послѣдовательности въ примѣненіи гласнаго суда. Казанскій окружной судъ находилъ, въ своихъ замѣчаніяхъ на проектъ, что «слишкомъ большія стѣсненія публичности въ слушаніи военно-судебныхъ дѣлъ какъ по воинскимъ, такъ и по общимъ преступленіямъ могутъ служить къ распространенію въ обществѣ ложныхъ понятій и слуховъ о рѣшеніи дѣлъ, что безусловно принесетъ дѣлу дисциплины болѣе вреда, чѣмъ открытое и правильное сужденіе о дѣйствительныхъ обстоятельствахъ дѣла, выслушаннаго на судѣ» [1]). Строевые начальники, въ томъ числѣ особенно извѣстные военной доблестью и боевымъ опытомъ, также самымъ настойчивымъ образомъ высказались за сохраненіе и развитіе началъ обвинительнаго суда. Таковы были особенно отзывы генерала Духонина, Скобелева II-го и командира гвардейскаго гренадерскаго полка. При обсужденіи вліянія гласности на дисциплину записка главнаго военнаго прокурора отъ 29 сентября 1882 г. требовала ограниченія прежнихъ предписаній закона обязательно закрывать двери по всѣмъ дѣламъ нарушенія дисциплины и предлагала предоставить закрытіе дверей, въ зависимости отъ обстоятельствъ каждаго даннаго случая, факультативнымъ опредѣленіемъ суда. Главный военный прокуроръ шелъ въ своихъ требованіяхъ дальше: онъ полагалъ необходимымъ внести въ проектъ постановленіе объ обязательномъ вводѣ нижнихъ чиновъ въ залъ суда, въ случаяхъ признанія этого полезнымъ со стороны начальника части. При этомъ, по авторитетному утвержденію записки, выяснилось, что великое значеніе гласности суда, для поддержанія и развитія дисциплины, столь глубоко проникло въ сознаніе командного персонала нашей арміи, что такое командированіе нижнихъ чиновъ по наряду было уже въ практикѣ нѣкоторыхъ частей войскъ [2]) [3]). Приведенные примѣры слишкомъ достаточны, чтобы свидѣтельствовать о глубокомъ пониманіи института гласности въ нашей арміи и стремленіи сохранить ее по дѣламъ безъ ограниченія и въ какихъ бы то ни было преступленіяхъ. До какой степени чутко относилась наша юридическая мысль ко всякому намеку на ограниченіе гласности въ процессѣ—служитъ доказательствомъ отзывъ Харьковскаго прокурора воен. окр. суда, на предположеніе главнаго прокурора ограничить доступъ въ помѣщеніе полковыхъ судовъ постороннихъ лицъ полученіемъ надлежащаго разрѣшенія командира полка. Прокурорскій надзоръ Харьковскаго суда горячо отстаивалъ необходимость устраненія этого правила, колебавшаго основныя начала правосудія, передавая его въ руки единоличной власти, могущей его по своему произволу устранять [4]). Эта благородная горячность въ отстаиваніи важнѣйшихъ принциповъ обвинительнаго процесса нашла себѣ выраженіе въ 788 ст. дѣйствующаго устава, провозглашающаго публичность общимъ правиломъ обвинительнаго суда. Ст. ст. 788^2 и 788^1 являются буквально воспроизведеніемъ ст. 620^2 и 620^1 у. у. с. и потому все сказанное о послѣднихъ относится и къ положеніямъ статьи 788. Можно указать далѣе, при сопоставленіи ея со ст. 789, что она является въ кодексѣ излишнимъ придаткомъ, ибо опредѣленія ст. 789, признавая конечно лишь самый фактъ ея существованія, какъ болѣе общія, являются и болѣе пригодными къ охватыванію безконечнаго разнообразія явленій практической жизни.

Приведенные выше традиціонные идеалы представителей нашей юстиціи и отзывы строевыхъ начальниковъ при обсужденіи началъ гласности, которые я еще приведу, показываютъ, что армія поняла величайшую роль суда въ дѣлѣ созданія нормальнаго правопорядка военной жизни. Мнѣ остается лишь указать, что въ дѣлахъ о закрытіи

---

[1]) Стр. 83.

[2]) Объ этомъ стр. 5.

[3]) Законъ 27 августа 1851 г. § 346 вводилъ въ швейцарской арміи обязательный нарядъ войскъ въ залъ суда для присутствованія при разборѣ дѣла. Уложеніе 1889 г., къ сожалѣнію, отмѣнило этотъ порядокъ. Объ этомъ см. Шультгейссъ цит. соч., стр. 38.

[4]) Объ этомъ замѣч. и зап. № 10, стр. 19.

дверей по нарушенію дисциплины постановленія нашего законодательства нуждаются въ измѣненіи. Касаясь ближе требованій, изложенныхъ въ 789 ст., нельзя не указать на значительныя ея несовершенства какъ въ формальной, такъ и въ матеріальной структурѣ. Стоя на той точкѣ зрѣнія, какую отстаивали члены коммисіи по составленію проекта у. у. с. 1900 г. [1]), ст. 789 изложена весьма неудачно. Въ то время какъ постановленія предшедшей статья 788[2] допускаютъ возможность закрытія дверей лишь въ точно опредѣленныхъ предѣлахъ, причемъ на прокурора сенатомъ даже возложена обязанность заботиться объ огражденіи начала публичности въ должной мѣрѣ (рѣш. 1867/358), ничего подобнаго нѣтъ въ постановленіи ст. 789. Напротивъ, она заботливо охраняетъ возможность закрытія дверей на время засѣданій безъ ограниченія и, при безграничной широтѣ охватываемаго ею круга преступныхъ дѣяній, запретныхъ для гласности, она можетъ сдѣлать для суда возможнымъ совершенное ея уничтоженіе. Постановленія же 790 статьи никакихъ льготъ въ этомъ отношеніи не даютъ. Изслѣдуя же существо положеній ст. 789, приходится отнестись къ ней съ не меньшей критичностью. Объемля безпредѣльно обширную площадь преступныхъ дѣяній, она смѣшиваетъ во-едино такія противоположныя по существу нарушенія, какъ преступленія религіозныя и государственныя, нравственныя и противъ дисциплины. Не говоря уже о томъ, что съ введеніемъ въ жизнь началъ провозглашенныхъ въ манифестѣ 17 октября 1905 года заботливость въ устраненіи гласности по религіознымъ преступленіямъ едва ли можетъ имѣть мѣсто, достаточно указать на опасность, идущую изъ постановленій названной статьи въ отношеніи дисциплинарныхъ правонарушеній. Закрывая двери суда на весь промежутокъ судебнаго слѣдствія, судъ тѣмъ самымъ лишитъ себя того воспитательнаго и связующаго вліянія, которое является самой основой его существованія. Являясь хранителемъ старыхъ сокровищъ военной доблести, пріобрѣтенныхъ въ давнія времена, судъ имѣетъ высокую задачу, изслѣдуя явленія жизни, подмѣчать и ея новые формулы и ея правотворческіе элементы. Уходя въ самого себя въ этой трудной работѣ, онъ лишается одновременно и содѣйствія арміи и вліяній на нее. Ему все придется смотрѣть назадъ по колеѣ традицій вѣка, не видя вновь вскрывающагося пути. Поэтому я высказываюсь за устраненіе изъ содержанія статьи 789 всѣхъ ея положеній, за исключеніемъ вопросовъ огражденія государственнаго порядка, къ которому слѣдуетъ приложить все сказанное въ этомъ отношеніи о постановленіяхъ устава уголовнаго судопроизводства.

Насколько правильно понимали и цѣнили наши военные суды великое начало гласности, видно изъ прекраснаго отзыва Казанскаго военно-окружного суда на предложеніе сузить гласность по дѣламъ о нарушеніи дисциплины. Долгая практика показываетъ, говоритъ Казан. воен. окр. судъ, что „суды крайне осторожно прибѣгали къ закрытію дверей присутствія, даже по послѣднему роду преступленій (нар. дисципл.). Исходя изъ того начала, что военные суды учреждены для поддержанія порядка и дисциплины въ войскахъ, прослѣдимъ вкратцѣ, насколько примѣненіе широкаго принципа гласности окажется полезнымъ въ войскѣ. Гражданамъ скоро наскучиваетъ однообразіе воинскихъ преступленій. Военные же начальники, особенно же командиры отдѣльныхъ частей, отъ полкового командира и ниже, съ открытіемъ военныхъ судовъ въ данномъ мѣстѣ, не только довольно усердно посѣщали сами судебныя засѣданія, но, убѣдившись въ пользѣ гласнаго процесса для нижнихъ чиновъ, посылали команды солдатъ въ военные суды, для присутствія какъ при общихъ, такъ и при военныхъ преступленіяхъ“ [2]). Замѣчателенъ также отзывъ Варшавскаго военно-окружного суда: „нельзя оспаривать, что военная служба при настоящей общей воинской

---

[1]) См. объ этомъ объясн. записку, ч. III, стр. 176 и 177.

[2]) Стр. 94.

повинности должна выйти и несомнѣнно уже вышла изъ прежняго кастоваго замкнутаго состоянія, представляя необходимый и весьма естественный интересъ для каждаго лица гражданскаго вѣдомства. Только при условіи полнаго знакомства съ требованіями военной службы, полнаго освѣщенія всѣхъ отношеній должныхъ существовать, въ силу закона, между начальникомъ и подчиненнымъ, она перестаетъ быть невѣдомой для поступающаго [1]).

Кассаціонная практика нашего высшаго военно-судебнаго учрежденія шла въ этомъ отношеніи чрезвычайно послѣдовательно, давши въ рядѣ рѣшеній подтвержденіе правилъ, изложенныхъ въ ст. 790. Рѣшенія $^{1877}/_{6}$, $^{1883}/_{97}$ устраняютъ силу приговора, въ случаѣ неупоминанія причинъ, по коимъ была устранена гласность [2]). Особенно важное значеніе имѣетъ ограниченіе гласности по дѣламъ о нарушеніи дисциплины, изложенное въ рѣшеніи Главнаго Военнаго Суда $^{1882}/_{239}$. Въ немъ указывается, что единственнымъ основаніемъ закрыванія дверей является „желаніе предотвратить въ массѣ превратныя и невѣрныя сужденія", а потому „присутствіе начальствующихъ лицъ отнюдь не можетъ считаться нарушеніемъ закона".

Положенія ст. 792 указываютъ далѣе съ несомнѣнностью на стремленіе закона допускать къ разсмотрѣнію дѣлъ при закрытыхъ дверяхъ, помимо спеціалистовъ, еще лицъ начальствующихъ въ отношеніи подсудимаго въ офицерскихъ чинахъ. Къ сожалѣнію, статья 792 не оказалась достаточно послѣдовательной въ проведеніи принятыхъ ею основаній. Ограничивая право допуска въ засѣданія суда начальствующихъ лицъ офицерскимъ званіемъ послѣднихъ, она предполагаетъ явное отступленіе отъ началъ іерархической зависимости принятыхъ теоріей военнаго права. Связь между начальниками изъ нижнихъ чиновъ и тѣми же лицами изъ офицеровъ съ подчиненными имъ лицами покоится не на качественномъ ихъ различіи, какъ это неоднократно указывалось въ доктринѣ, а лишь на количествѣ полномочій, переданныхъ имъ отъ Верховнаго Вождя войска. Поэтому-то эволюція современнаго военнаго искусства отводитъ все большую роль начальникамъ изъ нижихъ чиновъ въ дѣлѣ созданія въ арміи навыковъ высшей способности къ смерти и побѣдѣ. Унтеръ-офицерскій вопросъ оттого и является злободневнымъ въ реформаціонной дѣятельности всѣхъ европейскихъ армій. Отсюда ясно, что лишать начальника изъ нижнихъ чиновъ права присутствіемъ на судѣ—пополнить свой воспитательно-образовательный опытъ—является непослѣдовательностью очевидной. Наконецъ, рѣшеніе $^{1882}/_{239}$ указываетъ на возможность присутствія въ залѣ засѣданія всѣхъ свидѣтелей по дѣлу, которыхъ можетъ оказаться очень большое количество, особенно по дѣламъ о массовыхъ деликтахъ. Такимъ образомъ, изъ приведенныхъ выше постановленій законодательства и кассаціонной практики явствуетъ отнюдь не принципіальное ограниченіе гласности по дѣламъ о нарушеніи воинской дисциплины, а условное чисто правило, примѣненіе котораго ложится на отвѣтственность суда, долженствующаго дѣйствовать съ самой большой осторожностью при ограниченіи основныхъ положеній обвинительнаго процесса. Это есть правило уголовной политики, которое, по толкованію нашего высшаго военнаго суда, должно препятствовать распространенію превратныхъ свѣдѣній въ массѣ.

Я выяснилъ уже выше значеніе гласнаго суда для развитія въ арміи дисциплины и чувства законности, мнѣ теперь легко уже показать, какъ мало можетъ оградить закрытая дверь отъ появленія въ обществѣ и, что всего хуже, въ войскѣ превратныхъ сужденій о лицепріятіи и несправедливости военныхъ судовъ по дѣламъ о нарушеніи дисциплины. Нужно читать матеріалы по обсужденію реформы, чтобы видѣть, какое

---

[1]) Стр. 91.

[2]) Закрывая двери суда по дѣламъ, касающимся любовной связи свидѣтельницы съ подсудимымъ, судъ долженъ непремѣнно выслушивать заключеніе прокурора о необходимости такой мѣры 1878/45 и мног. другія.

жгучее чувство опасеній за правильное пониманіе войсковыхъ началъ правосудія господствовало въ коммисіи при обсужденіи вопросовъ, касающихся основныхъ формъ уголовнаго процесса. Эти логическіе выводы находятъ себѣ полное подтвержденіе и въ отзывѣ нашихъ военно-судебныхъ учрежденій на проектъ реформъ въ 1883 г. Приведу нѣкоторыя наиболѣе замѣчательныя доказательства въ пользу открытія дверей суда и по воинскимъ преступленіямъ, изложенныя съ особенной вдумчивостью и всестороннимъ освѣщеніемъ дѣла. Въ отзывѣ Казанскаго окружнаго суда мы читаемъ: «по даннымъ судебной практики воинскія преступленія весьма мало интересовали публику до 1882 года, почему посторонніе почти въ судѣ не бывали. Съ тѣхъ поръ какъ стали разсматривать дѣла о нарушеніи подчиненности при закрытыхъ дверяхъ, эти преступленія стали интересовать гражданъ и подавать поводъ къ невѣрнымъ и невыгоднымъ для войска толкованіямъ. Разбирательства по этимъ дѣламъ въ присутствіи однихъ начальниковъ подчиненныхъ устрашали свидѣтелей военнослужащихъ, почему они, опасаясь невыгодныхъ для себя послѣдствій отъ правдивыхъ показаній, старались отвѣчать общими фразами, что ставитъ судъ въ невозможность выяснить обстоятельства дѣла и поставить правильный приговоръ. На практикѣ нѣтъ почти преступленій, по коимъ воинское преступленіе не присоединялось бы къ общему» [1]).

Теоретическія соображенія, развитыя въ пользу особенной необходимости гласности, именно въ военномъ судѣ встрѣчаютъ себѣ самое полное подтвержденіе и въ практическихъ особенностяхъ принятаго нашимъ государствомъ судопроизводства. Наличность свидѣтелей, часто могущихъ оказаться враждебно настроенными по отношенію къ строгости примѣненія военнаго наказанія, часто коллосальный слѣдственный матеріалъ, въ которомъ фигурируютъ десятки и сотни лицъ, допускъ постороннихъ лицъ, опредѣленный ст. 791,—все это, по дѣламъ о сколько-нибудь крупномъ нарушеніи дисциплины, исключаетъ всякую возможность утаиванія происходящаго на судѣ за его дверями. Темные слухи, непровѣренные, ползучіе, смутные намеки, предвзятыя заключенія проберутся въ общество и проникнутъ въ армію неправильными окольными путями. Пришедшее подъ контрабаднымъ флагомъ извѣстіе всегда имѣетъ для темной массы тѣмъ большую достовѣрность и тѣмъ большее впечатлѣніе, что оно непремѣнно обладаетъ ароматомъ запретнаго плода. И такимъ образомъ дѣло дисциплины какъ разъ особенно сильно пострадаетъ именно въ случаѣ, когда ее необходимо сохранить. При этомъ пострадаетъ за ея счетъ и авторитетъ военнаго суда.

Я полагаю поэтому, что единственно послѣдовательнымъ рѣшеніемъ было бы распространеніе публичности по всѣмъ дѣламъ, касающимся нарушенія дисциплины, установленіемъ права присутствія въ залѣ суда всѣхъ воинскихъ чиновъ безъ различія званія. Въ тѣхъ же рѣдкихъ случаяхъ, когда понадобилось бы такое исключительное самоограниченіе способовъ исканія истины, какое судъ принялъ бы на свою отвѣтственность, присутствіе всѣхъ офицеровъ и нижнихъ чиновъ, начальствующихъ въ отношеніи подсудимаго, дало бы нѣкоторое возмѣщеніе утраченному вліянію института. Мы знаемъ, что въ доктринѣ и въ практикѣ офицерскіе чины арміи различаются между собой не по качественнымъ признакамъ, а по количеству и полнотѣ командной власти. Призывая офицеровъ состава арміи къ воспитанію и созданію навыковъ великихъ идеаловъ военнаго быта, основывая на немъ всю систему войсковой жизни, нельзя выказывать какъ бы недовѣріе по использованію существенно важнаго права—присутствія въ военномъ судѣ надъ товарищемъ по дѣлу, въ которомъ особенно замѣшано чувство воинскаго братства. Достаточно привести афоризмъ Наполеона, что «дисциплина въ арміи пропорціональна достоинству начальника» [2]), съ которымъ нельзя не согласиться,

---

[1]) Стр. 93, 94.

[2]) Объ этомъ Агура, стр. 70.

какъ станетъ яснымъ, что всѣ средства воспитанія въ военной службѣ правильной оцѣнки дисциплины—совершенно необходимы. Въ замѣчательномъ отзывѣ Казанскаго военно-окружнаго суда мы найдемъ даже настойчиво проводимую мысль о допущеніи всѣхъ нижнихъ чиновъ къ слушанію дѣлъ о нарушеніи дисциплины [1]). Мы знаемъ изъ матеріаловъ реформы, что недостаточно правильный взглядъ нашихъ офицеровъ на преступленія товарищей повлекъ за собою даже измѣненіе въ составѣ суда, назначеніемъ лишняго члена юриста и запрещеніемъ такія дѣла разсматривать въ выѣздной сессіи. Наука знаетъ единственное средство поднятія правовыхъ взглядовъ общества—это введеніе лучшихъ учрежденій. Нельзя не вспомнить здѣсь о великолѣпныхъ словахъ составителей нашего дѣйствующаго устава: «Если законодательныя предписанія правильны, то они и благовременны. Трудно думать, чтобы люди, гдѣ-либо и когда бы то ни было, были приготовлены къ дурному и не зрѣлы для хорошаго» [2]). Указанныя соображенія находятъ себѣ подтвержденіе у всѣхъ авторовъ, касающихся роли въ арміи офицера. «Въ офицерѣ обитаетъ этика арміи, онъ есть священное хранилище воинскаго духа, въ которомъ сокрыта тайна побѣды», говоритъ Блондель, глубокій изслѣдователь этого вопроса [3]). Удивительны также въ этомъ отношеніи инструкціи знаменитаго Бель-Иля, для командованія войскомъ [4]). Авторъ указываетъ тамъ самымъ яркимъ образомъ на роль, которую долженъ играть офицеръ.

Понятно поэтому, что распространеніе права присутствованія по дѣламъ о нарушеніи дисциплины на всѣхъ офицеровъ русской арміи и содѣланіе этого правила не факультативнымъ, а обязательнымъ для суда, было бы только логическимъ завершеніемъ принятыхъ законодательствомъ основныхъ положеній. Это тѣмъ болѣе очевидно, что ст. ст. 594 и 793 в. с. у. ужъ содержатъ аналогичныя правила и такимъ образомъ о какомъ-либо принципіальномъ ограниченіи не можетъ быть и рѣчи. Съ другой стороны, предоставленіе права единоличной власти предсѣдателя рѣшать вопросъ о допущеніи лицъ, предусм. ст. 792, не соотвѣтствуетъ постановленіямъ ст. 789, по которой всѣ ограниченія публичности должны исходить непремѣнно отъ суда въ его цѣломъ составѣ. Между тѣмъ, расширеніе этого права публичности совершенно непослѣдовательно предоставляется единоличной власти предсѣдателя суда. Что касается ст. 790[1], то въ отношеніи ея также возникаютъ весьма существенныя возраженія [5]). При невозможности начальнику округа слѣдить за всѣми особенностями дѣла издали, ему пришлось бы, по необходимости, передать это дѣло въ руки кого-либо изъ штаба, что уже совершенно не согласно съ требованіями закона. Главный военный прокуроръ—иниціаторъ теперешней ст. 790[1]—самъ настаиваетъ на томъ, чтобы только начальники округовъ пользовались этимъ правомъ, опасаясь за съуженіе гласности [6]).

---

[1]) «Убѣжденіе, что присутствіе нижнихъ чиновъ при разборѣ дѣлъ относительно нарушеній дисциплины можетъ служить для нихъ соблазномъ,—опровергается долгой практикой, такъ какъ количество преступленій постепенно уменьшается въ пользу другихъ, сопряженныхъ большею частью съ корыстной цѣлью. Наконецъ, если принять во вниманіе, что результатъ подготовки войска въ мирное время проявляется всего очевиднѣе на войнѣ, нельзя не убѣдиться, что примѣненіе на широкихъ началахъ принципа гласности не только не поколебало врожденныхъ качествъ русскаго солдата, но значительно укрѣпило таковыя, чему несомнѣннымъ доказательствомъ служитъ послѣдняя турецкая война». Стр. 94.

[2]) Ч. III суд. уст. изд. госуд. канц. стр. XL.

[3]) Coup d'oeil sur les devoirs et l'esprit militaire.

[4]) Объ этомъ Дюра-Лассаль—О званіи генерала, стр. 47, 48.

[5]) «Публичность засѣданія, говоритъ Бобр. по этому поводу, составляетъ одинъ изъ видовъ правильныхъ и безпристрастныхъ судебныхъ дѣйствій, а вмѣстѣ съ тѣмъ одно изъ условій довѣрія военнослужащихъ къ военному суду. Вѣра въ безпристрастность военнаго суда одинаково дорога, и для начальника и для подчиненнаго, и составляетъ великій стимулъ для огражденія порядка и дисциплины въ войскѣ. Скрыть приговоръ отъ товарищей осужденнаго невозможно и, если онъ понесъ незаслуженную кару, можетъ утвердить недовѣріе къ власти начальника, злоупотребившаго своей силой». Замѣчанія къ проекту, ген. Бобровскій, стр. 82.

[6]) Объ этомъ зап. № 13, стр. 17.

Но даже если допустить невозможное, именно, что начальникъ округа самъ просматривалъ бы каждое дѣло, то и тутъ мы находимъ полное противорѣчіе съ положеніями закона, требующими ограниченія публичности не иначе какъ судомъ, а затѣмъ и съ отрицаніемъ основныхъ началъ обвинительнаго процесса. Такое рѣшеніе начальника округа можетъ быть постановлено не иначе, какъ на основаніи разсмотрѣнія предварительнаго слѣдствія и, стало быть, центръ тяжести всего производства передвинется какъ разъ въ обратномъ направленіи, чѣмъ этого требуетъ состязательный процессъ. Оканчивая разборъ гласности, мнѣ остается привести простыя и глубоко убѣжденныя слова одного изъ нашихъ судебныхъ практиковъ, военнаго судьи Кавказскаго военно-окружнаго суда полковника Орлинскаго: «закрытіе дверей для публики, какъ мѣра чрезвычайная, можетъ быть допускаемо лишь въ рѣдкихъ случаяхъ. Гласный судъ успѣлъ пустить такіе глубокіе корни въ жизнь войскъ, что вырвать ихъ въ настоящее время невозможно безъ существенныхъ потрясеній основъ этой жизни. На гласности зиждятся сила и достоинство военно-судебной власти и, можно съ увѣренностью сказать, что благодаря лишь гласности нынѣшній военный судъ стоитъ столь неизмѣримо высоко въ сравненіи съ прежнимъ. Насколько нынѣшній военный судъ дорожитъ гласностью видно изъ того, что 721 ст. (старая), дающая суду право закрытія дверей, на практикѣ Кавказскаго военно-окружнаго суда почти никогда не примѣнялась. Что же касается вопроса на сколько гласное судопроизводство вліяетъ на дисциплину и духъ войскъ,—краснорѣчивымъ отвѣтомъ служитъ вся турецкая война» [1]).

Менѣе опаснымъ, но все же имѣющимъ извѣстное значеніе представляется правило первой части ст. 790[1] о закрытіи дверей суда распоряженіемъ военнаго министра. Въ этомъ отношеніи умѣстно напомнить все сказанное мною при разборѣ аналогичныхъ постановленій у. у. с. Но есть и другія соображенія, дѣйствующія въ ту-же сторону, усугубляя опасность для правосудія этой мѣры. Являясь высшимъ распорядителемъ органической дѣятельности войска, получая для этого непосредственно директивы отъ его Верховнаго Вождя, военный министръ обладаетъ и большимъ въ связи съ этимъ авторитетомъ. Могучая цѣпь дисциплинарной зависимости сковываетъ всѣхъ чиновъ арміи въ общую связь для достиженія максимума производительныхъ усилій. Въ своемъ трудномъ движеніи подготовки и усиленія къ грядущей борьбѣ армія напоминаетъ путниковъ въ швейцарскихъ глетчерахъ. Малѣйшій невѣрный шагъ и смѣльчакъ летитъ въ стремнину на смерть или калѣчіе. Для избѣжанія опасностей люди связываются веревкой между собою и съ проводникомъ. Гдѣ одинъ оступится, масса другихъ перетянетъ его къ себѣ, а проводникъ укажетъ нужную дорогу. Такой веревкой въ арміи является дисциплина, такимъ проводникомъ—военный министръ.

При наличности временныхъ членовъ—лицъ офицерскаго званія всякое слово военнаго министра для нихъ имѣетъ рѣшающій авторитетъ. Если онъ закрываетъ двери суда—значитъ преступленіе общественно—заразительно и индивидуально—особенно опасно. Значитъ преступникъ очень грѣшенъ противъ солидарности арміи, воля его слишкомъ вредна и опасна. Отсюда получается невѣсомое, но грозное давленіе на волю и совѣсть, объективность и силу разумѣнія, внутреннюю независимость и внѣшнее спокойствіе судей. Обвинительный приговоръ можетъ быть заранѣе предрѣшеннымъ.

Кромѣ того ограниченіемъ публичности по нашему в. с. у. занимается ст. 1202. Положенія, изложенныя въ этой статьѣ, представляются неудовлетворительными въ двухъ отношеніяхъ: въ редакціонномъ—съ одной стороны и въ матеріальномъ—съ другой. Обращаясь къ первому, сразу замѣтно смѣшеніе компетенціи органовъ между собою, мало связанныхъ по своимъ функціямъ, каковыми являются военные суды и

[1]) Стр. 84 и 85.

начальники округовъ. Въ данномъ случаѣ уставъ отступаетъ отъ принятыхъ имъ самимъ основаній, изложенныхъ въ статьѣ 790[1], гдѣ такое распредѣленіе сдѣлано гораздо цѣлесообразнѣе. Со стороны матеріальной ст. 1202 вызываетъ еще большія несогласія. Прежде всего она страдаетъ крупнѣйшимъ порокомъ—явной непослѣдовательностью. Выдѣляя 103—104, 106—107 ст. у. у. и требуя по нимъ обязательнаго закрытія дверей, в. с. у. какъ бы придаетъ ихъ опасности особенно важное значеніе. На самомъ дѣлѣ, дѣянія, предусмотрѣнныя указанными выше статьями, далеко не однородныя по своему составу, что видно изъ широты вилки назначаемыхъ за нихъ каръ—отъ каторжныхъ работъ до ареста включительно. Въ интересныхъ разсужденіяхъ объяснительной записки къ проекту у. у. [1]) совершенно ясно опредѣляется это свойство указанныхъ дѣяній. Въ то же время в. с. у. допускаетъ факультативное закрытіе суда по всѣмъ прочимъ видамъ преступныхъ дѣяній до 99 и 100 включительно. При громадной несоизмѣримости отвѣтственности за эти дѣянія, не опускающейся ниже каторги, съ карами, установляемыми 103—104 и 106—107 ст., ясна мысль законодателя особенно оттѣнить величину злой воли и опасность умысла виновнаго. Кромѣ того, статьи эти, обладая, такъ сказать, юридической компактностью, повидимому требовали бы и однородной дѣятельности судовъ въ дѣлѣ ограниченія публичности производства.

Однако, ст. 1202 какъ разъ по этимъ дѣяніямъ предоставляетъ возможность публичнаго разбирательства преступленій. Самопротиворѣчіе и непослѣдовательность здѣсь очевидны. Дальнѣйшія положенія ст. 1202 еще болѣе неудачны. Прежде всего, допуская иногда суженную публичность ограниченіемъ круга лицъ, вводимыхъ въ судебное засѣданіе, ст. 1202 предоставляетъ право разрѣшенія такой льготы начальнику округа, чѣмъ, разумѣется, авторитетъ суда не можетъ не испытать существенныхъ колебаній. Достаточно представить себѣ, что иногда судъ можетъ находить необходимымъ закрытое засѣданіе на основаніи тщательнаго юридическаго анализа дѣла, произведеннаго предсѣдателемъ, а начальникъ округа можетъ находить это не нужнымъ. Уставъ не даетъ рѣшенія такихъ конфликтовъ, но нѣтъ никакого сомнѣнія, что они возможны, да и на практикѣ случаются. Къ довершенію всего статья 1202 допускаетъ совершенно произвольное дѣленіе лицъ вводимыхъ въ такія полузакрытыя засѣданія, различая ихъ по классамъ и должностямъ. Очевидно, что проводить различіе между чиновниками 5 или 4 класса—трудъ совершенно напрасный. Не допускать же въ залъ судебныхъ засѣданій кандидатовъ на военно-судебныя должности—положительно невозможно. И въ теоріи, и на практикѣ защита является органической функціей современнаго судопроизводства и присутствіе кандидатовъ на военно-судебныя должности можетъ быть только полезно. Ограничивать же кругъ лицъ офицерскаго званія должностью командира полка совершенно не возможно ни съ принципіальной, ни съ формальной точекъ зрѣнія. Идеалы военнаго быта должны быть запечатлѣны въ сознаніи и полѣ мысли всѣхъ военнослужащихъ.

Способность страстнаго служенія отчизнѣ и самоотреченіе и жертва за нее въ равной мѣрѣ принадлежатъ всему составу арміи безъ ограниченій и на низшихъ ступеняхъ военной іерархіи проявляются отнюдь не въ меньшихъ размѣрахъ, чѣмъ на самыхъ высшихъ ея. Это блистательно подтвердила и послѣдняя война. Слѣдовательно, проникновеніе военно-служащихъ связующимъ вліяніемъ судопроизводства больше неизбѣжно—чѣмъ желательно, болѣе необходимо—чѣмъ полезно. Можно еще было бы говорить о сложности вопросовъ, связанныхъ съ государственными преступленіями, не доступныхъ пониманію нижнихъ чиновъ,—и потому не пускать въ залъ суда этихъ послѣднихъ. Но вѣдь объ офицерахъ-то этого сказать нельзя и вчерашній оберъ-офицеръ, а сегодняшній—штабъ-офицеръ разнятся между собою отнюдь не въ качественномъ

[1]) Стр. 115—126, томъ II 1897. Уголовное уложеніе—проектъ редакціонной коммисіи и объясненія къ нему.

отношеніи. Вслѣдствіе этихъ соображеній я полагаю желательнымъ ст. 1202 изъ в. с. у. исключить, какъ не соотвѣтствующую принципу гласности и не достигающую ставимыхъ ею цѣлей.

Затѣмъ по вопросу объ ограниченіи публичности въ широкомъ смыслѣ, путемъ разглашенія происходящаго въ залѣ судебныхъ засѣданій, подлежитъ анализу 119 ст. в. с. у. Постановленія этой ст. находятся въ связи съ общимъ положеніемъ нашего законодательства о печати, далеко не могущаго быть признаннымъ совершеннымъ, и въ 119 статьѣ отражается общее воззрѣніе его на печать, какъ на весьма опасное явленіе общественной жизни. Но и помимо этого положенія 119 ст. вызываютъ серьезныя возраженія. Самое разрѣшеніе печатанія судебныхъ отчетовъ лишь въ спеціально указанныхъ для этого изданіяхъ весьма существенно съуживаетъ кругъ публичности безъ всякой нужды давая поводъ подозрѣвать пристрастіе власти къ опредѣленнымъ направленіямъ и родамъ печатной дѣятельности. Между тѣмъ при наличности весьма суроваго законодательства возможно существованіе лишь вполнѣ закономѣрныхъ изданій и такимъ образомъ сжатіе круга публичной дѣятельности суда совершенно не вызывается требованіями уголовной политики. Но 119 ст. идетъ въ этомъ направленіи значительно дальше. Она не допускаетъ никакихъ обсужденій, рѣшеній военныхъ судовъ. Здѣсь скрывается для силы и органичности военнаго правосудія значительная опасность. Мотивы къ означенной статьѣ объясняютъ введеніе этого правила спеціальными качествами военнаго быта и требованіями воинской дисциплины. При этомъ такой запретъ ставится въ аналогію съ отношеніями военнослужащихъ къ распоряженіямъ ихъ начальника. Нечего и говорить, какъ мало обоснована подобная мотивировка. Непослѣдовательность съ общимъ духомъ законодательства о гласности, тщательно выдѣляющимъ этотъ институтъ, какъ подлежащій особой охранѣ, ясна сама собою. Но противорѣчія идутъ, не останавливаясь на этомъ пути. Можно было бы, допуская гласность въ военныхъ судахъ, исходить изъ ея значенія исключительно для военнослужащихъ, закрывая доступъ въ суды всѣмъ гражданамъ не носящимъ военной формы— тогда, разумѣется, положенія 119 статьи были бы вполнѣ понятны. Но, допуская гласность по вполнѣ раціональнымъ основаніямъ, приведеннымъ мною выше, наполняя залъ суда всѣми гражданами безъ различія званій,—основываться на аналогіяхъ съ положеніями подчиненнаго къ приказамъ начальника весьма рискованно. Во-первыхъ, и въ отношеніи военнослужащихъ требованіе слѣпого подчиненія не имѣетъ мѣста. Начиная съ завѣта великаго основателя современной намъ арміи: «не держаться устава яко слѣпой стѣны», а разумно примѣнять его требованія къ обстановкѣ, черезъ рядъ законодательныхъ новеллъ вѣка шла мысль сдѣлать военнослужащаго отвѣтственнымъ за свои поступки. Весьма неудачно и не полно это тяготѣніе нашло свое выраженіе въ 69 ст. 22 книги; значитъ, даже военнослужащій не только можетъ, но обязанъ входить въ обсужденіе законности требованій начальства. Что же касается гражданъ, то, исходя изъ приведенныхъ мною съ достаточной подробностью доказательствъ, не только допустимо, но и прямо-таки желательно возможно большее ихъ участіе въ идейной дѣятельности военно-судебныхъ учрежденій. Но надо принять во вниманіе еще лишеніе военно-судебной дѣятельности могучей помощи юридическихъ силъ страны, имѣющихъ возможность лишь печатнымъ путемъ помогать своимъ разумѣніемъ и анализомъ дѣятельности военно-судебныхъ институтовъ. Отбрасывая гражданскій міръ отъ военнаго суда, не допуская великое орудіе нашего времени—слово нести на своихъ крыльяхъ въ общество проблемы и цѣли, факты и рѣшенія военнаго міра,—этимъ можно добиться одного именно, что граждане и юристы, исходя изъ своей неосвѣдомленности, покроютъ всю дѣятельность военнаго суда приговоромъ: ignorabimus, а отсюда неизбѣжно рѣшеніе—dubitemus.

Глава XIV.

Приступая къ анализу понятія непосредственности, слѣдуетъ указать прежде всего, что оно отличается отъ гласности со стороны внутренней и со стороны внѣшней. Съ внѣшней стороны разница лежитъ въ самомъ существѣ понятія, ибо гласность болѣе уголовно-политическій, а непосредственность уголовно-юридическій институтъ. Наконецъ, въ своемъ внутреннемъ выраженіи разница сводится къ тому, что существо усилій суда въ гласности стремится къ разсредоточенію впечатлѣнія отъ приговора въ возможно большей по пространству и количеству участниковъ дѣятельности средѣ, тогда какъ непосредственность стремится по возможности сконцентрировать жизнь процесса къ фокусу внутренняго убѣжденія судьи, для созданія ближайшей увѣренности въ правильности вынесеннаго приговора. Гласность составляетъ самое значительное пріобрѣтеніе для подсудимаго, непосредственность—самое большое благо для суда, въ смыслѣ созданія въ немъ сильной и яркой увѣренности въ правотѣ примѣненнаго изслѣдованія и точности употребляемыхъ средствъ. Публичность—гарантія общества отъ произвола судьи, непосредственность—охрана судьи отъ абсолютизма фактовъ, публичность создаетъ довѣріе, непосредственность убѣжденность. Въ отношеніи непосредственности, быть можетъ именно по тому, что она болѣе всего юридическій институтъ и лишь косвенно соціальный, въ доктринѣ невозможно сомнѣнье въ ея исключительной необходимости,— и всѣ изслѣдователи одинаково признаютъ громадную важность этого начала. Вопросъ идетъ только о томъ, какъ велико въ объемѣ юридическаго отношенія, вытекающее изъ дѣятельности суда и сторонъ, вліяніе понятія непосредственности изученія фактовъ. Въ этомъ отношеніи нѣкоторые ученые отождествляютъ, напримѣръ, непосредственность и устность, что совершенно не одно и то же.

Основное понятіе непосредственности обычно опредѣляютъ въ наукѣ какъ сближеніе суда и всѣхъ обстоятельствъ преступленія, до встрѣчи лицомъ къ лицу со всею наличностью ихъ признаковъ и свойствъ, и отсутствіе какихъ бы то ни было промежуточныхъ инстанцій между познающею мыслью судьи и воспринимаемой обстановкой преступленія. Понятно отсюда, что устность есть не болѣе какъ составная часть болѣе широкой идеи непосредственности, ибо предполагаетъ лишь одинъ изъ техническихъ способовъ воспріятія обстоятельствъ преступленія, въ безконечно многообразной огранкѣ связанныхъ съ нимъ результатовъ. Достаточно указать хотя бы на то положеніе, что устный допросъ можетъ вполнѣ уживаться съ посредничествомъ, ибо дѣло можетъ итти лишь объ оцѣнкѣ допрашиваемымъ фактовъ, которые онъ не могъ непосредственно наблюдать. Когда же передъ судомъ проходитъ цѣпь такъ называемыхъ вещественныхъ доказательствъ, то вопросъ, лежащій въ существѣ оцѣнки ихъ воспріятія, сводится къ опредѣленію открытости пути, по которому мысль судьи идетъ въ направленіи созерцанія вырисовывающагося образа преступленія [1]).

Конечно, основныя тенденціи обвинительнаго процесса и болѣе всего принципъ гласности обусловливаются несравненно значительнѣйшимъ примѣненіемъ устнаго допроса за счетъ письменнаго, но вѣдь непосредственность и не требуетъ обязательнаго введенія устнаго порядка, ибо допросъ свидѣтелей можетъ дать каждому посредничество въ передачѣ факта 2-го и даже 3-го порядка, въ отношеніи близости къ воспріятію преступленія. Таковы допросы экспертовъ, очевидцевъ преступленія или свидѣтелей по слуху и т. д. Всматриваясь ближе въ существо понятія непосредствен-

[1]) Объ этомъ—Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts von Krieg 1892, S. 347.

ности, слѣдуетъ опредѣлить его какъ **изученіе судьей фактовъ и обстоятельствъ событія преступленія безъ содѣйствія какихъ-либо посредствующихъ дѣятелей, могущихъ наложить на существо прошедшей дѣйствительности субъективный колоритъ.** Поэтому можно сказать, что при развитіи современной техники, сдѣлавшей уже громадныя завоеванія, фиксированіе дѣйствительности при помощи какихъ-либо автоматически дѣйствующихъ аппаратовъ одно въ состояніи предоставить полную возможность для судьи непосредственнаго изученія дѣла, ибо важнѣйшій элементъ современнаго процесса—свидѣтельскія показанія всегда оказываются производными результатами внѣшнихъ событій въ процессѣ внутренняго познанія человѣка. Понятно поэтому, что Глязеръ, проводя сравненіе между началами непосредственности и устности, прежде всего обращаетъ вниманіе на практическую сближенность этихъ понятій, ибо „никто, говоритъ онъ, не запретитъ присяжнымъ прочитать протоколъ свидѣтельскихъ показаній въ главномъ производствѣ“ [1]).

Въ самомъ дѣлѣ, если разумѣть подъ устностью, какъ показываетъ самая этимологія слова, лишь тѣ воспріятія фактовъ дѣйствительности, которые проходятъ, черезъ уста участвующихъ въ процессѣ лицъ, въ слуховой аппаратъ судей, то совершеннаго поглощенія устной системой судопроизводства нельзя наблюдать ни въ одномъ процессѣ въ мірѣ [2]). Даже въ Англіи считается вполнѣ допустимымъ, если предсѣдатель читаетъ присяжнымъ свои замѣтки показаній свидѣтелей, почему-либо не бывшихъ въ полѣ ихъ вниманія. Но, тѣмъ не менѣе, устность, занимая въ современномъ процессѣ мѣсто чисто технической подробности воспріятій, играетъ чрезвычайно важную роль для созданія правильной оцѣнки событій познающимъ умомъ судьи. Глязеръ совершенно правильно оцѣнивалъ характеръ непосредственности и устности, предполагая, что ихъ нельзя раздѣлить другъ отъ друга. Нѣкоторые ученые, напримѣръ Леве, дѣлятъ устность и непосредственность, причемъ за основаніе берутъ непосредственность, какъ орудіе для предъявленія доказательствъ, а устность—для ихъ оцѣнки. Легко видѣть изъ приведеннаго, что самостоятельною непосредственность можетъ быть лишь въ случаѣ механическаго воспроизведенія и для предъявленія доказательствъ она имѣетъ смыслъ лишь постольку, насколько эти послѣднія, въ данныхъ судебнаго слѣдствія, точно и полно установлены. И, наконецъ, позволительно задать вопросъ, гдѣ та черта, которая отдѣляла бы предъявленіе доказательствъ отъ ихъ оцѣнки, да и кромѣ того разъ вся система современнаго процесса сводится къ умѣнью пользованія доказательствами (объ этомъ см. выше), какъ можно членить его на основаніи столь колеблющихся признаковъ. Перенося всю силу своихъ положеній въ существо системы накопленія матеріальныхъ данныхъ, для судьи тѣмъ самымъ открывается въ нихъ и слабая сторона. Ибо устность является ни чѣмъ инымъ, какъ частью самой системы, качественно не отличающейся отъ другихъ ея частей, съ которыми она вполнѣ однородна. Помимо всего, психологическій моментъ дачи показаній свидѣтеля совершенно совпадаетъ съ моментомъ и воспріятія его судьею,—по крайней мѣрѣ, таково впечатлѣніе его личнаго сознанія, и стало быть оба процесса, различные объективно, могутъ быть отождествлены. Въ доктринѣ, Миттермайеръ, соподчиняя устность и непосредственность, пытался связать ихъ практическое осуществленіе съ психологическими свойствами судьи: большая духовная сила, хорошая память, моральная энергія и сила противодѣйствія всякой неправомѣрной попыткѣ, большая психическая устойчивость, неподчиненность усталости и т. д. [3]) Таковы были условія введенія устнаго производства въ процессъ для того,

---

[1]) Въ Сѣв. Америкѣ, напр., присяжный имѣетъ право взять въ совѣщательную комнату свои замѣтки о дѣлѣ, по закону.

[2]) См. объ этомъ—Handbuch des Deutschen Strafprozess rechts, статья Holtzendorf'a, B. I. 1879., S. 63—64.

[3]) Объ этомъ—Mündl., S. 229.

чтобы, по его мнѣнію, устность могла въ немъ оставаться и способствовать уясненію истины [1]).

Я полагаю однако же, что главнѣйшую роль въ современномъ процессѣ обвинительнаго типа именно играетъ устность, какъ способъ образованія представленій на основаніи показаній живыхъ пособниковъ въ раскрытіи основъ преступленія. Здѣсь выступаетъ прежде всего элементъ соціальный въ процессѣ, а за нимъ—уже юридическій. Положеніе личности въ государствѣ и обществѣ, большая или меньшая полнота ея правъ или степень ея полномочій, индивидуализмъ или коллективизмъ, какъ основы политической системы, въ которыхъ она живетъ, выдвигаютъ значеніе свидѣтельскихъ показаній на первый планъ, или прячутъ всѣ процессуальныя функціи за исписанный листъ протокола[2]). Еще Блэкстонъ говорилъ: «публичный допросъ свидѣтелей есть болѣе могущественное средство обнаруженія истины, чѣмъ письменный протоколъ, записанный судьей или его писцомъ. Въ то время какъ при письменномъ допросѣ личность свидѣтеля одѣвается въ форму, сообщенную ей писцомъ, при устномъ допросѣ свидѣтель имѣетъ власть выяснить свои показанія» [3]). Поэтому устность въ наше время получаетъ преобладающее значеніе, вмѣстѣ съ развитіемъ уваженія государствомъ правъ личности и преклоненія политической этики передъ самостоятельностью ставимыхъ ею себѣ цѣлей. Довѣріе къ гражданину и готовность пользоваться его услугами, какъ добровольно выраженнымъ стремленіемъ къ поддержкѣ государственнаго порядка, диктуетъ государству необходимость опирать всю систему процесса на показаніяхъ свидѣтелей и именно ихъ предпочитать передъ всѣми возможными способами достиженія истины.

Съ другой стороны и какъ юридическій институтъ устность предполагаетъ громадное преимущество въ смыслѣ объективаціи фактовъ передъ сознаніемъ суда и такимъ образомъ предоставляетъ ему возможность самому оцѣнивать величину того субъективнаго элемента, который неизбѣжно будетъ привнесенъ въ ихъ оцѣнку показаніемъ каждаго свидѣтеля. Поэтому еще въ законахъ Адріана мы читаемъ «alia est auctoritas praesentium testium, alia testimoniarum quae recitarae solent». По словамъ Поста, это правило появленія сторонъ лично передъ судомъ было общее на низшихъ ступеняхъ культуры, именно въ силу своей очевидной необходимости [4]) [5]). Это происходитъ оттого, что въ чисто практическомъ развитіи устнаго производства всегда играетъ очень большую роль отсутствіе субъективнаго посредничества, записавшаго показанія свидѣтеля лица и возникающей отсюда разности въ пониманіи записаннаго со стороны чтеца документа и его составителя. Отсюда стремленіе всего обвинительнаго процесса конструировать построенія суда, въ цѣляхъ сосредоточенія всѣхъ факторовъ преступленія въ судебномъ разбирательствѣ, въ присутствіи сторонъ и класть въ основу приговора лишь тѣ данныя, какія прошли въ устномъ ихъ освѣщеніи передъ судомъ, сближеннымъ съ ними лицомъ къ лицу [6]) [7]). Въ этомъ отношеніи въ доктринѣ еще Фейер-

---

[1]) Затѣмъ, далѣе, въ томъ же соч. Миттермайеръ уже совершенно отождествляетъ устность съ непосредственностью и выставляетъ четыре основныхъ призн ака,которымъ она должна удовлетворять: 1) обвиняемый самъ долженъ защищать себя передъ судьей и приводить свои доказательства; 2) судья долженъ самъ видѣть всѣхъ свидѣтелей, всѣхъ экспертовъ и слышать ихъ; 3) чтобы каждый сомнительный вопросъ разъяснялся показаніями свидѣтелей и экспертовъ; 4) на основаніи устности производства, обвинитель и обвиняемый строятъ свои доказательства (объ этомъ § 246).

[2]) Coment в. III ch. 23, заимств. у Фейербаха.

[3]) У Фейербаха, 108, 109.

[4]) Объ этомъ—Post—Die Anfänge des Staats und Rechtslebens, 1878, S. 252.

[5]) Объ этомъ же—Geib—Geschichte des Römischen Strafprozess, S. 632—634. 1842.

[6]) Эли, VII, стр. 340—348 и 487—490.

[7]) Случевскій, стр. 60—65.

бахъ указывалъ на значеніе устности, причемъ, какъ впослѣдствіи Глязеръ, связывалъ ее во-едино съ публичнымъ производствомъ въ отношеніи сторонъ [1]).

Сводя всю систему доказательствъ, приведенныхъ въ доктринѣ въ пользу устности и непосредственности, мы можемъ придти къ слѣдующимъ даннымъ: устность является неибѣжнымъ послѣдствіемъ перенесенія вліянія, на исходъ процесса, изъ предварительнаго слѣдствія на судебное. При письменномъ производствѣ судья находится всецѣло въ рукахъ слѣдователя и, при громадномъ количествѣ матеріаловъ предварительнаго слѣдствія, судья окажется совершенно безпомощнымъ передъ субъективизмомъ предварительнаго производства. Вслѣдствіе этого, въ случаѣ неопытности слѣдственнаго судьи, возможныя прорѣхи слѣдствія окажутся восполнимыми лишь заданіемъ вопросовъ на судѣ судьей и сторонами, которые часто одни уясняютъ дѣло. Въ Англіи это явленіе и происходитъ зачастую. Незамѣнимо также вліяніе, оказываемое устнымъ допросомъ, въ отношеніи оцѣнки свидѣтельскихъ показаній. Поведеніе свидѣтелей передъ судомъ, четкость или расплывчатость показаній, степень наблюдательности или разъсѣянности, большая или меньшая экспансивность—все указываетъ судьѣ тѣ выводы, которые онъ долженъ примѣнить къ каждому изъ нихъ, при конечномъ сведеніи всего процесса къ фокусу приговора.

Въ отношеніи обвиняемаго устность оказываетъ далѣе рѣшающее значеніе. Положеніе дѣйствительно виновнаго становится чрезвычайно труднымъ въ дѣлѣ отстаиванія себя отъ правосуднаго примѣненія закона. Поставленный среди вѣчно зыбкаго хода процессуальныхъ дѣйствій, отражая волну за волной идущіе на него вопросы обвинителя, показанія свидѣтелей, сомнѣнія судей, борясь съ потоками фактовъ, столь же стремительными, сколько неожиданными,—виновный устаетъ, теряетъ равновѣсіе духа и плохо парируетъ удары, наносимые со всѣхъ сторонъ. Отсюда чрезвычайное повышеніе обвинительныхъ приговоровъ съ введеніемъ устности въ судебный процессъ [2]). Напротивъ, тѣ же непосредственность и устность даютъ бо́льшую надежду на оправданіе лицу, не чувствующему себя виновнымъ. Защита становится возможной въ полной мѣрѣ лишь при наличности увѣренности обвиняемаго въ томъ, что всѣ данныя обвиненія будутъ предоставлены въ его распоряженіе для надлежащаго объясненія. На всякое опрометчивое показаніе свидѣтеля защитникъ даетъ серьезный отпоръ, указаніемъ на непровѣренность или преступность легкомысленно сообщенныхъ данныхъ. Наконецъ, какъ соціальный институтъ, она повышаетъ цѣну личности и развиваетъ солидарность гражданъ, привыкающихъ оцѣнивать силу своей памяти и правильность своихъ умозаключеній передъ лицомъ непререкаемаго авторитета закона и суда.

Помимо этого, устность и непосредственность заставляютъ особенно осторожно относиться къ собиранію доказательствъ на предварительномъ слѣдствіи со стороны слѣдственнаго судьи, ибо грозятъ для него неблагопріятными послѣдствіями въ случаѣ обнаруженія на судѣ недостаточной добросовѣстности и вдумчивости его дѣйствій. Наконецъ, болѣе всего, непосредственность и устность производства оказываютъ помощь судьѣ въ исполненіи его трагическаго долга [3]). Онъ можетъ болѣе безпристрастно слѣдить за развитіемъ процесса и увѣреннѣе осноситься къ своимъ заключеніямъ при столкновеніи съ личностью подсудимаго, которую долгій опытъ и наука дѣлаютъ для него часто очень понятной съ перваго взгляда. Къ невыгодамъ устности принято относить: большую утомляемость судьи, необходимость для него располагать чрезвычайно высо-

---

[1]) «Личное присутствіе сторонъ, или ихъ представителей, есть центральный пунктъ, съ которымъ соединено разумное представленіе о судебной публичности и черезъ которое всѣ остальныя условія воспринимаютъ свою силу (цит. соч., стр. 96). Если бы сохранить всю публичность, устранивъ одну изъ сторонъ, то это была бы блестящая внѣшность, прикрывающая золотымъ шитьемъ тогу нищаго».

[2]) Объ этомъ Миттермайеръ—Mündlichk., S. 250—251.

[3]) Случевскій—Учебникъ, стр. 52.

кимъ статусомъ духа, возможность подпаденія судьи вліянію личности обвиняемаго и свидѣтелей и очень значительную зависимость исхода процесса отъ случайныхъ качествъ свидѣтелей, оказавшихся на той или другой сторонѣ во время производства [1]).

И всетаки, я полагаю, сказанныхъ доказательствъ недостаточно, чтобы объяснить непреложное торжество принципа непосредственности въ ходѣ исторіи и все большаго распространенія его на жизнь европейскаго процесса. Здѣсь опять-таки надо принять во вниманіе необходимость изученія этого института съ соціальной и юридической точекъ зрѣнія и обоснованіе его болѣе прочными доводами, чѣмъ чисто логическія разсужденія. Это обстоятельство приводитъ къ необходимости коснуться значенія умственныхъ процессовъ воспроизведенія дѣствительности въ культурѣ. Общая сумма идей, покоящаяся въ сознаніи массы націи, въ ея цѣломъ, никогда не можетъ быть однородна. Система хотѣній и вѣрованій, которая обусловливаетъ наличность усилій историческаго момента жизни человѣчества въ достиженіи максимума удовольствія, выражается прежде всего въ неравномъ распредѣленіи понятій и способности ихъ выраженія въ человѣческой рѣчи. Религія и наука, область политики и нравственности административной жизни и суда, въ равной мѣрѣ, объемлются понятіями распредѣленія потребностей сообразно идеямъ, живущимъ въ психическомъ сознаніи людей, выражающихъ процессы своей умственной дѣятельности словами.

Впервые обратилъ на это вниманіе величайшій филологъ 19 вѣка Ал. Ф. Гумбольдтъ въ своемъ замѣчательномъ афоризмѣ: «языкъ не есть собственно средство для выраженія уже дознанной истины, но скорѣе средство для открытія истинъ еще не извѣстныхъ». Отсюда Гумбольдтъ выводитъ свойство рѣчи каждаго человѣка быть одновременно и самостоятельнымъ продуктомъ сознанія индивидуума и результатомъ дѣятельности народовъ [2]). Онъ провозглашалъ далѣе, что человѣку доступно ясно понимать самого себя, только испытывая понятность своихъ словъ надъ другими. А это въ свою очередь усиливаетъ чувство субъективной выразительности, ибо, говоря, человѣкъ всегда чувствуетъ свое единство съ другимъ человѣкомъ. Нуждаясь для своего проявленія во внѣшнемъ раздраженіи, языкъ каждаго индивида дѣлается зависимымъ отъ характера того возбужденія, которому онъ подвергается въ данномъ случаѣ. Отсюда сила рѣчи будетъ потенціально не одна и та же и, дѣйствуя въ различныхъ субъектахъ при несходныхъ условіяхъ пониманія, даетъ совершенно отличные результаты. [3])

Таковы тѣ выводы, къ какимъ пришелъ знаменитый изслѣдователь образованія языка и къ которымъ вся послѣдующая эволюція лингвистики не прибавила ни единаго новаго понятія, только укрѣпляя и развивая тѣ соображенія, какія положилъ Гумбольдтъ въ основу изученія развитія и жизни рѣчи. Такъ какъ проявленіе символики нашей мысли въ образѣ слова относится несомнѣнно къ актамъ воли, то къ образованію словъ, въ ихъ стремленіи согласовать внутреннюю сферу ощущеній и чувствъ индивида съ образами внѣшняго міра, можно примѣнить полностью тѣ выводы, которые далъ Рибо для обоснованія произвольныхъ дѣйствій. По мнѣнію этого ученаго, произвольныя дѣйствія въ своемъ законченномъ выраженіи «являются не простымъ превращеніемъ нѣкотораго состоянія сознанія въ движеніе, но требуетъ участія всей группы сознательныхъ и полусознательныхъ состояній, изъ которыхъ въ данное время составляется «*я*». Такимъ образомъ, чтобы привести въ движеніе систему рѣчи, какъ дѣятельность высоко произвольнаго характера, требуется возбужденіе всей сферы чувственной дѣятельности лица, безъ которой слово не явится въ надлежащей силѣ своего изобразительнаго процесса.

---

[1]) Объ этомъ Миттермайеръ—Mündl., S. 261.

[2]) Впослѣдствіи къ такому же пониманію языка пришелъ Карріеръ въ своемъ сочин.—Искус. въ связи съ исторіей культуры, см. главу о языкѣ—перев. Корша, 1875 г.

[3]) Объ этомъ Вундтъ—Душа человѣка и животныхъ, ч. II, стр. 450—458, 1888 г. Петербургъ.

Когда люди въ актахъ глубоко соціальныхъ, какими является судъ, на самыхъ первыхъ ступеняхъ общественнаго развитія собираются вмѣстѣ, для наблюденія процесса, показанія свидѣтелей, въ силу перекрестныхъ допросовъ сторонъ и вопросовъ судей, становятся болѣе точными для нихъ самихъ. Въ связи съ этимъ повышается и объективность ихъ въ смыслѣ приближенія къ изображенію дѣйствительно происходившихъ фактовъ. Вліяніе, исходящее отъ массы, возрастаетъ и слушатели готовы во всякое время дать подходящій образъ для сравненія или идею для выраженія воспріятій. Эта дѣятельность окрыляетъ личность въ ея усиліяхъ точно воспроизвести содержаніе своихъ внутреннихъ процессовъ передъ зрителями и судомъ. Субъективизмъ воспріятій здѣсь соединяется съ объективаціей ощущеній наиболѣе выгоднымъ путемъ, для полноты словеснаго образа, выражающаго покоющуюся въ умѣ идею. Отсюда та, какъ бы инстинктивная, устность, которую мы наблюдаемъ въ первыхъ стадіяхъ процесса, гдѣ личность, плохо умѣющая выражать свои чувствованія, получаетъ могущественную поддержку въ соединеніи вліянія сторонъ и суда, зрителей и участниковъ процесса. Яркости воплощенія идей въ образахъ рѣчи способствуетъ еще болѣе наша психическая способность увеличивать силу идей, живущихъ въ сознаніи, подъ вліяніемъ сильнаго желанія ихъ осуществленія, связаннаго съ существомъ относящихся къ нимъ воспоминаній. Естественный соціальный инстинктъ общественнаго одобренія вызываетъ сильнѣйшее желаніе изображать идеи прошлыхъ событій во всей ихъ полнотѣ подъ вліяніемъ общихъ нервныхъ возбужденій [1]). Образы фантазіи, которые столь сильно вліяютъ на воспроизведеніе обстановки старыхъ переживаній, въ свою очередь блѣднѣютъ и стираются подъ вліяніемъ массы корректирующихъ другъ друга представленій, исходящихъ отъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ и суда, преломляющихся въ разумѣ свидѣтеля какъ въ конечномъ фокусѣ всѣхъ ихъ усилій.

Такова соціологическая роль устности въ ея возникновеніи и въ ея значеніи для уясненія происходящаго на судѣ, для свидѣтелей и судей. Понятно теперь также, почему съ развитіемъ общественной солидарности и возрастаніемъ значенія для общества личности и ея цѣлей—устность играетъ въ процессѣ все болѣе важное значеніе. Накопленіе съ развитіемъ цивилизаціи идей влечетъ за собой, какъ это показываетъ Тардъ, все растущее ослабленіе вѣрованій, т. е. увеличиваетъ сумму сомнѣній. Человѣкъ привыкаетъ не отдаваться смѣло вліянію окружающей среды и своимъ внутреннимъ познавательнымъ процессамъ, а, напротивъ, стремится уяснять для себя подробности уже отмершихъ воспоминаній мнемоническими пріемами, въ видѣ намековъ обвиненія и защиты и указаній и предостереженій суда. Узы солидарной общественности обостряютъ желаніе быть полезнымъ обществу въ наиболѣе важномъ осуществленіи соціальной справедливости и, въ свою очередь, требуютъ особенной заботливости точно формулировать свою мысль въ отношеніи всѣхъ фактовъ, могущихъ способствовать улучшенію участи обвиняемаго, который еще не сдѣлался виновнымъ. Сумма симпатій и антипатій, при устномъ обмѣнѣ мнѣній участвующихъ въ дѣлѣ лицъ и суда, растетъ и оживляетъ группы идей нашего сознанія, способствуя въ свою очередь выдѣленію ихъ въ рѣзкихъ и правильныхъ, имъ соотвѣтствующихъ, контурахъ живого слова. Я только что коснулся вниманія, и положеніе, которое оно занимаетъ въ области психики, служитъ порубежной чертой перехода соціологическаго характера устности, какъ части выраженія болѣе обширнаго понятія непосредственности, къ юридическому ихъ воплощенію, въ порядкѣ уголовнаго процесса.

Я полагаю, что не ошибусь, если скажу, что сущность судебной дѣятельности въ пользованіи доказательствами сводится къ умѣнію оперировать навыками произвольнаго вниманія у судей, свидѣтелей, обвиняемаго, экспертовъ и вообще всѣхъ лицъ, ка-

---

[1]) Объ этомъ Бенъ—Душа и тѣло, стр. 116—117.

кимъ-либо способомъ принимающихъ участіе въ порядкѣ судебной процедуры. Въ свою очередь управленіе вниманіемъ предполагаетъ правильную комбинацію воспоминаній, послѣднія же, какъ совершенно вѣрно ихъ опредѣлилъ Рибо, есть не что иное, какъ динамическая ассоціація нервныхъ элементовъ. Названный ученый чрезвычайно ясно показалъ, что область нашего вниманія можетъ быть дѣлима на, такъ называемую, непроизвольную, зависящую главнымъ образомъ отъ состоянія аффекта, и произвольную, въ которой область нашего сознанія искусственно заполняется образомъ, лишеннымъ привлекательной окраски [1]). Послѣднее составляетъ господствующій факторъ приспособляемости человѣческихъ способностей въ борьбѣ за жизнь и превращается на вершинахъ культуры въ главенствующую форму психическаго существованія [2]). Въ то же время мы знаемъ теперь, что эта произвольная форма вниманія зависитъ главнымъ образомъ отъ группировки двигательныхъ импульсовъ, пролагающихъ путь для соотвѣтственныхъ идей посредствомъ внутреннихъ и внѣшнихъ представленій. Маудсли указываетъ въ этомъ отношеніи на громадную роль взаимно усиливающихся возбужденій, дающихъ въ концѣ концовъ максимумъ силы вниманія. Въ свою очередь психологическая способность людей выражать свою мысль проявляется въ различныхъ видахъ дѣятельности, у однихъ въ видѣ двигательныхъ, у другихъ—слуховыхъ образовъ, у третьихъ—въ видѣ образовъ зрительнаго порядка. Наконецъ, дальнѣйшимъ условіемъ воспроизведенія прошлаго воспріятія является способность запоминанія и оживленія образовъ исчезнувшихъ событій.

И такъ человѣкъ дѣйствуетъ въ области своей соціальной дѣятельности подъ вліяніемъ способности произвольнаго вниманія и памяти. Съ этими важнѣйшими особенностями онъ и становится орудіемъ исканія истины на судѣ. Непосредственность является могучимъ орудіемъ подвергать юридическому анализу совокупность фактовъ, являющихся содержаніемъ преступленія, въ зависимости отъ прирожденной способности къ вниманію съ одной стороны, и свойствъ памяти – съ другой. Непосредственность даетъ возможность наилучшимъ образомъ комбинировать индивидуальныя способности участниковъ процесса въ широкомъ смыслѣ, возбуждая въ нихъ произвольное вниманіе самыми различными способами.

Безконечное множество ассоціацій, возникающихъ въ умѣ обвинителя, защитника, судей, очныя ставки, перекрестный допросъ, все вліяетъ на свидѣтеля, будитъ въ немъ произвольное вниманіе, сосредоточивая на области желательныхъ фактовъ. Гельмгольцъ, занимавшійся особенно энергично наблюденіемъ надъ процессомъ вниманія, пришелъ къ выводамъ, которые резюмировалъ слѣдующимъ образомъ: «если же мы хотимъ сосредоточить вниманіе на одномъ предметѣ, то необходимо постоянно выискивать въ немъ что нибудь новое, особенно же если иныя сильныя впечатлѣнія отвлекаютъ насъ отъ этого предмета [3]). Этому то обстоятельству и удовлетворяетъ чувство непосредственности, предоставляющей всему составу суда выискивать все новыя формы чувственныхъ воспріятій, въ системѣ дѣятельности процесса съ его живыми и неодушевленными элементами, проходящими передъ ихъ взоромъ. Богатая возможность извлекать изъ группировки фактовъ судебнаго слѣдствія именно тѣ особенности, которыя соотвѣтствуютъ индивидуальной изощренности умственной организаціи воспринимающаго лица, оказываютъ на него наибольшее вліяніе и сообщаютъ ему возможность правильно и вѣрно цѣнить встрѣчающіеся факты [4]) [5]).

[1]) Объ этомъ Рибо—Психолог. вним. 1897 г., стр. 27. Петербургъ.

[2]) Объ этомъ Рибо, стр. 33.

[3]) Объ этомъ Джемсъ—Основ. психол., стр. 177, 1902 г., редакц. Оболенскаго. Петербургъ.

[4]) Глубокій знатокъ вопроса А. Бэнъ такъ характеризуетъ эту особенность нашего мозга быть индивидуально годнымъ къ извѣстнымъ только группамъ воспріятій. «Всѣ мы въ чемъ нибудь тупоголовы: однимъ не хватаетъ механической ловкости, другимъ—музыкальныхъ способностей, третьимъ—способностей къ языкамъ и т. д.».

[5]) Объ этомъ Бенъ—Душа и тѣло, 1900 года, стр. 120.

Не меньшее значеніе имѣетъ для суда возможность изучать непосредственно документы и акты, имѣющіеся въ дѣлѣ помимо свидѣтельскихъ показаній. Махъ прекрасно показалъ въ своемъ замѣчательномъ «Анализѣ ощущеній» [1]), что для правильной оцѣнки наблюденія играетъ большую роль умѣнье и навыкъ въ наблюдательности, причемъ указалъ также на обманъ зрѣнія, истекающаго изъ самыхъ различныхъ причинъ [2]). Поэтому является прямо-таки необходимымъ предоставить возможность суду и сторонамъ контролировать другъ друга въ вѣрности своихъ воспріятій, при чемъ часто предвзятыя точки зрѣнія сторонъ помогаютъ имъ находить въ документахъ такія данныя, которыя суду безъ этого не пришли бы въ голову.

Для судей непосредственность имѣетъ еще ту громадную выгоду, что, питая воспріятія массой разнородныхъ ощущеній, дѣлаетъ для суда возможнымъ вынести ту изумительную работу духа, которая требуется отъ судьи, при вдумчивомъ и внимательномъ изученіи всѣхъ обстоятельствъ процесса. Наконецъ, непосредственность даетъ еще чрезвычайно важное качество, именно, помогаетъ судьѣ сохранить въ сознаніи всѣ факты, прошедшіе черезъ его разумъ. Достаточно вспомнить въ данномъ случаѣ, что количество запоминаемыхъ представленій прямо пропорціонально величинѣ ассоціированныхъ фактовъ, связанныхъ съ запоминаемымъ событіемъ [3]). Судья, который съ каждымъ крупнымъ факторомъ преступленія связываетъ въ своемъ сознаніи бездну ассоціацій оригинально-самобытнаго характера, несомнѣнно будетъ обладать большимъ внутреннимъ опытомъ и въ отношеніи къ оцѣнкѣ событія и съ большимъ успѣхомъ можетъ расчитывать на запоминаніе всѣхъ подробностей, которыя по нѣкоторымъ дѣламъ могутъ оказать рѣшающее вліяніе на построеніе приговора. Такимъ образомъ устраняется самое важное неудобство, связываемое въ доктринѣ съ принципомъ устности и непосредственности, и какъ разъ обратно оказывается, что только данный принципъ и обладаетъ свойствомъ дѣлать не безнадежными тѣ гигантскія требованія, которыя предъявляетъ къ суду современный обвинительный процессъ, и велѣнія нашей безконечно сложной цивилизаціи и соціальной жизни. Предоставляя судьѣ возможность правильно оцѣнивать всѣ отношенія, возникающія при юридическомъ изслѣдованіи событій, указанныя выше свойства дѣлаютъ непосредственное и устное устройство суда незамѣнимымъ аппаратомъ для изслѣдованія истины. Поэтому въ текущемъ своемъ моментѣ непосредственность сводитъ устройство суда къ слѣдующимъ основнымъ свойствамъ: 1) приговоръ является результатомъ изученія судьей всѣхъ обстоятельствъ дѣла самолично, 2) весь живой аппаратъ каждаго дѣла долженъ устно изложить всѣ обстоятельства дѣла, въ отношеніи котораго судъ сочтетъ необходимымъ получить отъ него свѣдѣнія, 3) весь неодушевленный матеріалъ преступнаго дѣянія обязательно изучается непосредственно каждымъ судьею въ предѣлахъ его физической способности наблюдать извѣстныя явленія и покрывать ихъ опредѣленными логическими выводами. Поэтому сюда не подойдетъ изученіе предметовъ, требующихъ извѣстныхъ специфическихъ знаній, доступныхъ лишь при спеціально научномъ изученіи вопроса—такъ называемая научная экспертиза, 4) это вызываетъ постановленіе обязательной явки всѣхъ свидѣтелей и свѣдущихъ лицъ въ судъ для сообщенія необходимыхъ свѣдѣній суду и 5) сторонамъ должна быть предоставлена возможность ближайшимъ образомъ изучать всѣ перипетіи процесса на равныхъ правахъ съ судомъ.

---

[1]) Стр. 172, 173, 1907 года.
[2]) Объ этомъ стр. 166—167.
[3]) Джемсъ, стр. 231—233.

Глава XV.

Обращаясь къ догматическому изученію началъ непосредственности въ иностранныхъ законодательствахъ, мы находимъ во французск. суд. уст. прежде всего ст. 317 и 318, которыя требуютъ допроса свидѣтелей и свѣдущихъ людей устно, при чемъ предсѣдатель, черезъ секретаря, отмѣчаетъ въ протоколѣ всѣ отличія между показаніями свидѣтелей на судебномъ слѣдствіи и данными передъ слѣдственнымъ судьей [1]). Это обстоятельство стоитъ въ удивительномъ противорѣчіи съ art. 470, разрѣшающимъ прочтеніе свидѣтельскихъ показаній лишь въ случаѣ заочнаго разбирательства дѣла. Въ то же время оперируя съ 268 ст., уполномочивающей президента на дискреціонныя дѣйствія въ раскрытіи истины, французскій уставъ даетъ ему право ниспровергать всѣ основныя начала процесса [2]). Кассаціонная практика предоставляетъ ему право оглашенія всѣхъ письменныхъ показаній свидѣтелей, даже тѣхъ, кто не былъ допрошенъ на судѣ. Таково напр. кассаціонное рѣшеніе 18 марта 1869 г. [3]). Вообще весь французскій кодексъ можно охарактеризовать какъ любопытную систему производства, въ которой дѣйствія суда коллегіальнаго безпрестанно покрываются властью одного человѣка—президента. Конечно, кодексъ отъ этого не выигрываетъ. Напримѣръ, сосредоточивая право допроса въ рукахъ только преслѣдователя, французскій процессъ лишается удивительнаго и вѣрнаго, въ достиженіи истины, средства—перекрестнаго допроса, какимъ такъ удачно оперируетъ англійскій процессъ. Статья 269-я предоставляетъ президенту право приглашенія въ засѣданіе всѣхъ лицъ, которыя передъ этимъ не были сообщены сторонамъ и, кромѣ того, предъявлять суду всѣ документы, которые, по его мнѣнію, дадутъ возможность лучше оцѣнить происходящее на судѣ [4]).

Во французской доктринѣ границы дискреціонной власти предсѣдателя очень шатки, а практика имѣетъ свойство ихъ непрерывно расширять. Правда, въ наукѣ „какъ бы выработалось основное положеніе, что власть discrétionaire ne veut pas dire arbitraire“, но дѣло не въ томъ, что власть абсолютна, а въ томъ, гдѣ границы, которыя не допускаютъ перехода ея въ абсолютную? А такихъ предѣловъ ни законъ, ни практика не знаютъ [5]). Это обстоятельство усугубляется еще тѣмъ соображеніемъ, что кассаціонная практика предоставляетъ предсѣдателю право допроса свидѣтелей ранѣе допроса обвиняемаго съ очевиднымъ нарушеніемъ закона, котораго § 190 требуетъ совершенно обратнаго. А этотъ допросъ вводитъ матеріалы предварительнаго слѣдствія и сообщаетъ присяжнымъ совершенно иную окраску событія. Кассаціонная практика даже предоставляетъ предсѣдателю право, въ явное нарушеніе освѣдомленности сторонъ, за день до судебнаго слѣдствія, приглашать свѣдущихъ людей для дачи объясненій. Таково кассаціонное рѣшеніе 14-го іюля 1853 г. [6]). Глубокій наблюдатель французскихъ судебныхъ нравовъ, Миттермайеръ, разсказываетъ, что президентъ вслѣд-

---

[1]) Объ этомъ чрезвычайно интересн. рѣш. касс. суда 7 Сент. 1882 г.

[2]) «Законъ возлагаетъ на его честь и совѣсть прилагать всѣ силы, чтобы способствовать раскрытію истины».

[3]) Объ этомъ же Helie—Pratique criminelle, p. 373 и 374.

[4]) Вотъ что гласитъ буквально ст. 269 «il pourra dans le cours des débats, appeller, même par mandat d'amener, et entendre toutes personnes ou se faire apporter toutes nouvelles pièces, qui lui paraîtraient, d'après les nouveaux développements donnés à l'audience, soit par les accusées soit par les temoins, pouvoir répandre un jour utile sur le fait contesté».

[5]) Объ этомъ Эли—Pratique crim., p. 325 et suiv. Traite. VIII, p. 456, 457.

[6]) Объ этомъ Helie—Pratique crimin., p. 334 et suiv.

ствіе этого стремится уличить обвиняемаго на основаніи матеріаловъ предварительнаго слѣдствія, выходитъ изъ себя и часто теряетъ необходимое спокойствіе духа [1] [2]).

Правда, кассаціонная практика, понимая очевидное уничтоженіе началъ устности и непосредственности этой властью президента и самое яркое противорѣчіе его дѣятельности смыслу закона, пытается смягчить впечатлѣніе и называетъ, напримѣръ, документы, которые предсѣдатель предъявляетъ суду даже безъ предварительнаго ознакомленія съ ними сторонъ справками, но отсюда сущность дѣла остается тою же. Далѣе, на основаніи ст. 322, предсѣдатель можетъ допрашивать всѣхъ лицъ, даже не могущихъ быть свидѣтелями по закону. Правда, по ст. 269 п. 2-й они не приводятся къ присягѣ, но значеніе ихъ для присяжныхъ отъ этого нисколько не пропадаетъ. Во французской доктринѣ Эли требуетъ хотя бы обязанности президента разъяснять присяжнымъ ихъ право считать такіе документы меньшими по значенію, но и этого кассаціонная практика не сдѣлала и президентъ является абсолютнымъ властелиномъ суда въ области группировки и систематизаціи доказательствъ [3]).

Благодаря такому совершенно ненормальному порядку, постановляющему весь ходъ суда въ зависимость отъ усмотрѣнія президента и этимъ, по многимъ вопросамъ, замѣняющимъ коллегіальное начало единоличнымъ, во французскомъ уставѣ мы наталкиваемся на изумительныя отступленія отъ провозглашеннаго принципа. Такъ напримѣръ, передъ судомъ могутъ являться въ качествѣ свидѣтелей доносчики (ст. 323), причемъ, если доносчикъ является и потерпѣвшимъ, то онъ допрашивается президентомъ какъ совершенно полноправный свидѣтель, даже и въ томъ случаѣ, если доносъ по закону оплачивается деньгами [4]). Объ этомъ мы имѣемъ рядъ кассаціонныхъ рѣшеній—9-го февраля 1816 г., 24-го декабря 1840 года, 2-го апрѣля 1863 г. и мног. др. Это тѣмъ болѣе удивительно, что рядомъ кассаціонныхъ рѣшеній тотъ же судъ призналъ невозможнымъ за гражданскимъ истцомъ быть одновременно и свидѣтелемъ по дѣлу. Таковы рѣшенія: 6-го ноября 1834 г., 28-го декабря 1838 г., 14-го октября 1856 г. и друг. Противорѣчіе явное.

Къ сожалѣнію, сказаннаго не достаточно для того, чтобы оцѣнить постановку непосредственности въ современномъ французскомъ процессѣ. Нарушеніе ея идетъ еще дальше. Кассаціонное рѣшеніе отъ 4-го августа 1855 г. предоставляетъ право прокурору представлять суду протоколы, составленные имъ о показаніяхъ свидѣтелей и экспертовъ, если только эти лица въ залъ не явились. Кассаціонный судъ и здѣсь увѣряетъ, что это лишь пояснительныя свѣдѣнія, но очевидно, что здѣсь мы имѣемъ такое нарушеніе состязательныхъ правъ сторонъ, и такое пренебреженіе къ личности гражданина, какое является совершенно недопустимымъ въ государствѣ правовомъ. Судя по сообщеніямъ Эли, во Франціи нарушеніе принципа устности и непосредственности часто находитъ себѣ еще уродливую оболочку въ чтеніи прокуроромъ отрывковъ изъ свидѣтельскихъ показаній, безъ разрѣшенія суда [5] [6]). Практика также свела къ нулю право обвиняемаго возражать на каждое объясненіе свидѣтелей и возможность суда и присяжныхъ задавать вопросы по каждому обстоятельству дѣла, передавъ все это въ руки дискреціонныхъ полномочій президента. Вопреки совершенно опредѣленному въ

---

[1]) Законодат. и юридич. практ., стр. 59.

[2]) Beranger, цит. соч. 453—455.

[3]) Эли—Pratique crimin., p. 373—375 и слѣд., томъ I.

[4]) Helie idem. стр. 382—384. Касс. 16 іюля 1812 г., 14 сент. 1865 г., 14 апр. 1870 г. томъ I.

[5]) Helie, t. VII, p. 345—347; 487—489.

[6]) Въ этомъ отношеніи особенно интересно отмѣтить величайшую противоположность проекта бельгійскаго судебнаго устава, допускающаго въ ст. 38 со стороны президента пользоваться правомъ чтенія свидѣтельскихъ показаній лишь въ отношеніи умершихъ свидѣтелей, да и то съ особенной осторожностью.

этомъ отношеніи требованію ст. 319 практика свела на-нѣтъ законъ, устранявши совершенно судей отъ всякаго участія въ дѣлѣ. За то ст. 327-я кодекса совершенно опредѣленно допускаетъ удаленіе нѣкоторыхъ соучастниковъ на время допроса кого либо изъ сообвиняемыхъ, чѣмъ начало непосредственности нарушается совершенно.

Сказаннаго достаточно, чтобы задать вопросъ, гдѣ же сохраненіе принциповъ непосредственности и устности, принятыхъ французскимъ уставомъ въ качествѣ основныхъ требованій обвинительнаго суда. Насколько очевидно было трагическое противорѣчіе принятыхъ основаній съ ихъ практическимъ осуществленіемъ, видно изъ исторіи возникновенія началъ устнаго суда. При разсмотрѣніи art. 5 (гл. VII второй части) закона 1791 г. мы читаемъ «l'exament des temoins sera toujours que leurs déposition soient écrites». Въ инструкціяхъ жюри прямо говорилось, что оно должно разсматривать только протоколы главнаго производства и обвинительный актъ и ни въ коемъ случаѣ письменныя показанія свидѣтелей [1]). Наконецъ, еще болѣе яркимъ доказательствомъ основныхъ противорѣчій принятой во французскомъ уставѣ системы съ намѣреніями законодательства, бывшаго его основой, служитъ сопоставленіе инструкцій суду отъ 21-го октября 1791 г. и инструкціи президентамъ судовъ отъ 29-го сентября того же года. Въ послѣдней особенно, мы находимъ задолго до практики, столь расширившей власть президента и въ зависимости отъ этого извратившей роль суда, оцѣнку величайшей трудности положенія, въ которое ставитъ его законодатель. «Какую честность, какое знаніе человѣческаго сердца должно требовать отъ того лица, котораго законъ облекаетъ столь большимъ довѣріемъ. Онъ долженъ самъ глубоко проникаться чувствомъ обязанности и существованія того высокаго учрежденія, котораго онъ является важнѣйшимъ двигателемъ» [2]) [3]).

Приведеннаго довольно, чтобы понять, какъ далекъ современный французскій процессъ отъ правильнаго примѣненія принципа непосредственности и устности, и какого могущественнаго орудія въ исканіи истины онъ оказывается лишеннымъ. Я выше установилъ тѣ начала, которыя должны быть критикой для правильнаго примѣненія этого принципа, и въ сравненіи съ этимъ критеріемъ совершенно очевидна вся неудовлетворительность постановки дѣла въ этомъ отношеніи въ современномъ намъ французскомъ процессѣ. Эти противорѣчія законодательства можно объяснить только чрезмѣрной быстротой его созданія, въ 8 дней, и отсутствіемъ предварительной теоретической разработки, на какую указываетъ совершенно справедливо французская доктрина.

Въ германскомъ уставѣ ст. 249-я требуетъ допроса свидѣтелей на судебномъ слѣдствіи и гласитъ, что допросъ не можетъ быть замѣненъ чтеніемъ какихъ бы то ни было письменныхъ заявленій. § 250-й того же устава прочитываніе протокола допроса на предварительномъ слѣдствіи допускаетъ лишь въ случаѣ, когда свидѣтель, экспертъ или соучастникъ преступленія умеръ, сошелъ съ ума или пропалъ безъ вѣсти, но и тогда требуется постановленіе суда въ полномъ составѣ. На основаніи ст. 242-й п. 1 и 2, судъ рѣшаетъ вопросъ о законной неявкѣ свидѣтелей и возможности прочтенія ихъ показаній на судѣ. Въ германской доктринѣ твердо установлено правило, что судъ долженъ всегда рѣшать вопросъ о допустимости чтенія показаній, хотя бы обвиняемый и не противился требованію объ этомъ прокурора [4]). Пунктъ 3-й ст. 250-й придаетъ

---

[1]) Объ этомъ Гарро, стр. 74, 75.

[2]) Объ этомъ Гарро, стр. 71, 1907 г.

[3]) Во французской доктринѣ, Эли такъ отзывается о роли предсѣдателя: «Nous ne parlons que des attributions qui lui ont été personnellement déféré qu'il exerce isolement de ces collégues et qui l'invertissent d'une sorte de spécial et quelquefois extraordinaire».

[4]) Объ этомъ Сюэссъ, S. 351. Цит. соч.

столь большую важность устнымъ показаніямъ свидѣтелей, что согласія сторонъ на прочтеніе документа не довольно; законъ требуетъ не только постановленія суда по этому поводу, но еще обязываетъ послѣдній снабжать его мотивами. Исключенія въ этомъ отношеніи допускаются лишь въ судѣ шеффеновъ и земскомъ судѣ, гдѣ, по ст. 244-й п. 2-й, судъ рѣшаетъ вопросъ объ объемѣ доказательствъ. Въ статьяхъ 222—224 германскаго устава принимается уважительность неявки свидѣтелей лишь при несомнѣнной невозможности имъ явиться къ разбирательству дѣла въ судъ, при чемъ судъ можетъ рѣшить прочтеніе ихъ показаній, если такіе свидѣтели были допрошены подъ присягой въ присутствіи сторонъ. Ст. 251-я запрещаетъ прочтеніе показаній свидѣтелей, имѣющихъ право не давать показаній на судѣ.

Всѣ приведенныя положенія законодательства, какъ видно, чрезвычайно благопріятны принципу устности, который повидимому охраняется ими безусловно. Но рядомъ съ этими же статьями, законодательство знаетъ ст. 248-ю устава, соотвѣтствующую ст. 252-й австрійскаго у. у. с., въ которой перечислены ряды ограниченій въ отношеніи непосредственности и устности въ главномъ производствѣ. Эта 248-я статья допускаетъ прочтеніе документовъ свидѣтелей о прежней судимости, протокола произведеннаго судьею осмотра, регистраціи личнаго состоянія, извѣстныхъ категорій медицинскихъ свидѣтелей и, что важнѣе, сообщенія оффиціальныхъ учрежденій, касающіяся дѣла, за исключеніемъ аттестацій о личности подсудимаго. Помимо всего существуетъ постановленіе ст. 252-й о допущеніи прочтенія протоколовъ допрошенныхъ свидѣтелей, при условіи ихъ забывчивости о прежнихъ показаніяхъ, или разнорѣчивости, не могущей быть исправленной безъ перерыва. Ко всему этому слѣдуетъ добавить право, предоставленное уставомъ ст. 253-й, читать, въ случаѣ нужды, въ главномъ производствѣ протоколы показаній подсудимаго, отобранныхъ на предварительномъ слѣдствіи. Всѣ указанныя статьи, какъ это видно, дѣлаютъ начало устности чрезвычайно суженнымъ и подчасъ незамѣтнымъ. Германскій кодексъ не даромъ называютъ «незаконнорожденнымъ», ибо онъ содержитъ въ себѣ многіе чрезвычайно важные дефекты. Къ числу послѣднихъ слѣдуетъ отнести совершенно неправильно развитую постановку вопроса объ устномъ судѣ. Нужно сопоставить статьи 249 и 250-ю съ ихъ категорическими установленіями принципа устнаго производства въ отношеніи свидѣтелей—съ суровымъ лаконизмомъ статей 252 и 253-й, чтобы видѣть, въ какомъ колеблющемся и опасномъ противорѣчіи стоитъ въ кодексѣ принципъ, столь торжественно провозглашенный. Къ достоинствамъ устнаго производства относится, какъ сказано выше въ доктринѣ, чрезвычайная измѣнчивость процесса въ связи съ личными вліяніями, исходящими отъ живого его элемента и, конечно, главное отъ свидѣтелей. А здѣсь это достоинство является основаніемъ къ полному его отрицанію, или по крайней мѣрѣ къ очень значительному ограниченію. Достаточно свидѣтелю оказаться конфузящимся или легко сбивающимся субъектомъ, какъ прокуроръ потребуетъ, съ полнымъ правомъ, прочтенія его письменныхъ показаній, чѣмъ устность фактически сведется къ нулю.

Ст. 253-я ставитъ въ еще большее затрудненіе личность обвиняемаго, вводя господство письменнаго производства въ наиболѣе важный моментъ процессуальной жизни. Величина нарушенія правъ личности сказывается особенно замѣтно при сопоставленіи означенной статьи съ § 229 германскаго у. у. с., который требуетъ обязательнаго присутствія обвиняемаго на судѣ и, между прочимъ, этимъ обосновываетъ его содержаніе подъ стражей. Ст. 230-я предоставляетъ ему право удалиться лишь въ случаѣ разрѣшенія этого со стороны суда. И вотъ, призывая личность и придавая ея присутствію на судѣ совершенно правильно важное значеніе, тотъ же уставъ устанавливаетъ рядомъ съ этимъ возможность замѣщенія ея передъ судомъ листкомъ писаннаго протокола, которому совершенно внезапно придается огромная важность. Трудно выдумать что-либо болѣе противорѣчивое самому себѣ, чѣмъ эти положенія

германскаго у. у. с. Помимо всего, ст. 246-я предоставляетъ право суду удалять обвиняемаго изъ зала засѣданія, если онъ нарушаетъ порядокъ, или, что значительно хуже, если судъ опасается, что свидѣтель не скажетъ въ присутствіи обвиняемаго всей правды. Развивая нѣсколько болѣе, чѣмъ во французскомъ законодательствѣ, начала допроса свидѣтелей при участіи сторонъ, вслѣдствіе указанныхъ дефектовъ, германскій уставъ не провелъ, въ должной мѣрѣ, великаго процессуальнаго правила перекрестнаго допроса, столь успѣшно дѣйствующаго въ англійскомъ судѣ [1]) [2]). Тутъ совершенно ясно полное отрицаніе и правъ личности, и принципа непосредственности производства. Тѣмъ и важенъ принципъ непосредственности, что всѣ событія текутъ, какъ рѣка черезъ пороги, отъ личности обвиняемаго, черезъ свидѣтелей и участвующихъ лицъ, къ сознанію судей. Возможность ясно видѣть реакцію свидѣтелей на подсудимаго и обратно является могучимъ орудіемъ въ функціяхъ суда и часто одно присутствіе личности обвиняемаго устраняетъ клеветническій навѣтъ, данный свидѣтелемъ на предварительномъ слѣдствіи. А здѣсь какъ разъ возможно, что, подъ вліяніемъ требованія прокурора, судъ устранитъ обвиняемаго и этимъ лишитъ его быть можетъ послѣдняго средства оправданія. Не менѣе неблагопріятны въ этомъ отношеніи для устности постановленія статей 363—367-й германскаго устава, которыя въ аппеляціонномъ судѣ вводятъ значительно большія отступленія отъ этихъ началъ, нежели въ судахъ первыхъ инстанцій. Правда, въ этомъ отношеніи австрійскій уставъ въ ст.ст. 469—473-й заходитъ значительно далѣе, сводя устность на-нѣтъ, но и ограниченія германскаго устава такъ велики, что отъ основного понятія не многое остается.

Изъ сказаннаго выше начала непосредственности вытекаетъ какъ необходимое слѣдствіе соподчиненное требованіе непрерывности, которая разумѣется сама собою съ признаніемъ указаннаго начала. Принимая за доказанное неизбѣжную необходимость введенія устности и непосредственности порядка судопроизводства, станетъ очевидной необходимость логическаго распространенія его на всѣ тѣ выводы, которые содержатся въ этомъ порядкѣ. Такими основаніями и будетъ рѣшеніе дѣла по возможности въ одномъ засѣданіи суда, для того, чтобы впечатлѣнія отъ устности и непосредственности изученія событій преступленія не изгладились изъ памяти судьи, въ которой они запечатлѣлись ходомъ дѣла. Это обстоятельство надлежащимъ образомъ оцѣнено и примѣнено въ Англіи, гдѣ судебное засѣданіе почти всегда оканчивается въ одинъ день и много, что растягивается на 2-е, 3-е сутокъ, такъ что ни судьи, ни присяжные не утрачиваютъ изъ памяти важнѣйшихъ событій и признаковъ изученнаго дѣла. Наиболѣе интересными постановленіями въ германскомъ уставѣ, касающимися непрерывности, находимъ ст. 265 и 228 у.у. с. Первая устанавливаетъ правило, что въ данномъ засѣданіи можетъ рѣшиться только одно дѣло, допуская исключеніе лишь въ случаѣ вновь открывшагося преступнаго дѣянія, которое не является преступленіемъ и на разборъ котораго въ томъ же засѣданіи послѣдовало требованіе прокурора и согласіе подсудимаго. Статья 228-я устанавливаетъ далѣе какъ правило, что прерванное судебное засѣданіе не можетъ быть продолжено, если перерывъ длился болѣе 4-хъ дней. Изъ этихъ постановленій можно видѣть, что непрерывность технически достаточно ограждена въ германскомъ уставѣ, но если согласиться съ высказанными соображеніями относительно недостатковъ въ проведеніи болѣе важнаго понятія непосредственности, то осуществленіе этого начала (непрерывности) окажется слишкомъ незначительнымъ выигрышемъ въ дѣлѣ правосуднаго исканія истины, какъ верховнаго повелителя всѣхъ усилій процесса.

---

[1]) Статья 238-я даетъ для этого очень ограниченные предѣлы и фактически не оказываетъ вліянія на ходъ судебнаго разбирательства и положеніе сторонъ.

[2]) Объ этомъ Сюссъ, S. 375. Цит. соч.

Что касается французскаго законодательства, то въ этомъ отношеніи практика, почти какъ и всегда, идетъ въ разрѣзъ съ закономъ. Вопреки требованіямъ § 353, перерывъ засѣданія можетъ быть продолженъ на неограниченный срокъ и кассаціонная практика требуетъ, лишь бы въ промежуткѣ времени не было разобрано иного дѣла. Принимая во вниманіе особенности французской судебной жизни, можно судить, какъ мало эта практика охраняетъ порядокъ, въ которомъ непосредственность оказывается основнымъ условіемъ правильнаго судопроизводства, а непрерывность фактически должна закрѣплять добытый результатъ въ умахъ судей.

Глава XVI.

Переходя къ анализу постановленій въ отношеніи устности и непосредственности отечественнаго законодательства, слѣдуетъ указать на признаніе ихъ, подобно принципу гласности, въ статьяхъ: 60, 88, 156, 158, 583, 596, 625, 688 — 689, 696 — 697, 724, 726 — 728, 885 у. у. с. и въ ст. 66 основн. полож. Съ отрицательной стороны вводятся ограниченія, изложенныя въ статьяхъ: 157 — 159, 454—456, 626—629, 674, 678, 687, 729, 732, 879, 885, 917—918. При аппеляціонномъ производствѣ ограниченія устности изложены въ статьяхъ: 879, 885, 917, 918. Начала непрерывности изложены въ ст. 116, 633—635. Относительно нашей доктрины, мы видимъ полную согласованность. У всѣхъ наиболѣе видныхъ представителей научной мысли безъ исключенія мы находимъ признаніе чрезвычайной важности начала непосредственности и отведеніе ему почетнаго мѣста въ процессѣ [1]). Практика нашего кассаціоннаго суда, начиная съ первыхъ дней своей дѣятельности, стойко поддерживала признаніе теоретическихъ положеній, касающихся вышеупомянутаго процессуальнаго начала. Въ этомъ отношеніи первоначальная практика Сената относилась съ чрезвычайной щепетильностью ко всѣмъ случаямъ, въ которыхъ начало непосредственности не точно соблюдалось (рѣшеніе 1869/952). Въ отношеніи ст. 640—641, Сенатъ въ рѣшеніи 1868/34—указалъ, что признаніе свидѣтельскихъ показаній имѣющими существенное значеніе по дѣлу влечетъ за собою, въ случаѣ возможной явки свидѣтеля, непремѣнно отсрочку разбирательства до его появленія передъ судомъ [2]). Въ 1870/1004 Сенатъ разъяснилъ, что прочтеніе показаній свидѣтеля можетъ быть допущено лишь въ самыхъ исключительныхъ случаяхъ. Въ рѣшеніи 1867/605 тотъ же Сенатъ призналъ, что прочтеніе показаній, признанныхъ не существенными, составляетъ поводъ къ уничтоженію судебнаго рѣшенія по данному дѣлу. Точно также Сенатъ призналъ существеннымъ нарушеніемъ закона чтеніе показанія свидѣтеля, допрошеннаго на судебномъ слѣдствіи, но не вызваннаго въ судъ сторонами [3]). Касаясь того же вопроса непосредственности, опредѣляя объемъ и границы судебныхъ доказательствъ, Сенатъ призналъ въ рѣшеніи 1870/533, 1867/904, 1871/1266 и 1873/710, что стороны могутъ

---

[1]) Объ этомъ Арсеньевъ—Судебное слѣдств., стр. 31—69, Щегловитовъ—Журн. гр. и уг. пр. № 8, 1888 г. Чебышевъ—565 и слѣд. Объясн. записка т. III, стр. 210—214, 184 и слѣд. (Шрейтенфельдъ—Рѣчи обвинит. и защ. въ теор. и практ. 1905 г., стр. 37—39). Тальбергъ, Фойницкій (стр. 81 и слѣд.); Случевскій (стр. 51 и слѣд.); Закревскій—О желат. измѣн. въ суд. уст. ж. гр. и уг. пр. 1882 г. № 2.

[2]) См. объ этомъ у Арсеньева, стр. 194.

[3]) Рѣшеніе 1868/397.

черпать матеріалъ для своихъ рѣшеній только по даннымъ судебнаго слѣдствія. Особенно замѣтна мысль Сената, требующая, для постановленія приговора, пользоваться лишь данными, собранными на судѣ въ отношеніи къ провѣркѣ данныхъ, собранныхъ судебнымъ слѣдствіемъ, въ рѣшеніи 1868/166, 1870/295 и др. Сенатъ указалъ, что въ случаѣ признанія судомъ необходимости получить дополнительныя свѣдѣнія о произведенномъ на предварительномъ слѣдствіи осмотрѣ и освидѣтельствованіи, судебный слѣдователь даетъ свои показанія подъ присягой на правахъ свидѣтеля. Любопытно также, что Сенатъ въ отношеніи ст. 687—689 ревниво охранялъ полноту правъ суда, какъ единственнаго вершителя представленныхъ по этимъ статьямъ вопросовъ. Таковы рѣшенія 1870/164, 1871/1131 и др. Таковы же разъясненія Сената въ предоставленіи вещественныхъ доказательствъ въ залъ судебнаго засѣданія, изложенныя въ рѣшеніи 1868/152, 1867/260, 1869/148, 1870/276 и т. д. Сказаннаго довольно, чтобы видѣть, что основное начало непосредственности, принятое въ нашемъ законодательствѣ, находило себѣ самую рѣшительную поддержку въ рѣшеніи нашего верховнаго судилища, развивавшаго въ желательномъ направленіи идеи закона.

Но въ то же время нельзя не указать на нѣкоторую непослѣдовательность, которую допускаетъ наше законодательство и вслѣдъ за нимъ Сенатъ въ отношеніи правила проведенія началъ устности и непосредственности суда во всѣхъ стадіяхъ жизни процесса. При разсмотрѣніи ст. 626, обращаетъ на себя вниманіе прежде всего нѣкоторое противорѣчіе, которое она допускаетъ въ своей первой и второй части. Въ отношеніи первой слѣдуетъ указать, что понятіе болѣзни совершенно неопредѣленно и, завися цѣликомъ отъ толкованія практики, можетъ повлечь за собой широкое пользованіе письменными показаніями свидѣтелей, больныхъ самой краткой формой недуга. Правда, Сенатъ въ своемъ рѣшеніи 1868/34 совершенно правильно призналъ за терминомъ «болѣзнь» лишь формы продолжительнаго страданія, но практика можетъ быть очень колеблющейся, тѣмъ болѣе, что прочныхъ опорныхъ пунктовъ въ законѣ она не имѣетъ. Скорѣе обратно, сравнивая съ 4 пунктомъ ст. 388, можно прійти къ выводу, что законодатель опредѣлялъ вполнѣ точно, когда это соотвѣтствовало его желанію, понятіе болѣзни, и указывая его общими признаками въ ст. 626, именно желалъ отнести къ законному поводу неявки всякія формы страданій. Что касается понятія дряхлости, то въ этомъ отношеніи еще профессоръ Чебышевъ-Дмитріевъ указывалъ на совершенную необходимость для суда вызывать такихъ свидѣтелей и опредѣлять законность ихъ неявки соотвѣтствующими требованіями устава [1]). Между тѣмъ Сенатъ въ этомъ отношеніи былъ непослѣдователенъ и въ рѣшеніи 1867/246 находится въ совершенномъ противорѣчіи съ рѣшеніемъ 1868/34, признающимъ возможность неявки свидѣтелей по одной лишь ссылкѣ на ихъ дряхлость. Я полагаю, что это обстоятельство можетъ быть вполнѣ уяснено, какъ только мы признаемъ, что, оперируя съ этимъ понятіемъ, ст. 626 непремѣнно вызоветъ въ практикѣ безконечно большое количество разнообразныхъ его толкованій. Въ отличіе отъ термина «болѣзнь», вполнѣ опредѣленнаго, дряхлость—совершенно относительное, между тѣмъ уже возможность устранять важнѣйшій принципъ современнаго процесса изъ за явленій, признаки которыхъ подвержены очень большимъ сомнѣніямъ, сама по себѣ указываетъ на необходимость исключенія его изъ законодательства, замѣняя понятіемъ болѣзни.

Въ отношеніи же 2-ой части ст. 626 приходится признать ея постановленія совершенно напраснымъ уклоненіемъ отъ основныхъ началъ законодательства. Прежде всего постановленіе ст. 626 освобождаетъ отъ явки въ судъ и дачи ему устныхъ показаній многочисленныя категоріи лицъ, указанныхъ въ примѣчаніи къ ст. 65. Практически это можетъ влечь за собою чрезвычайно тяжелыя ограниченія для изыска-

---

[1]) Объ этомъ Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 591.

нія истины на судѣ. Выѣздъ суда въ полномъ составѣ въ мѣсто жительства такихъ лицъ можетъ столь громоздить дѣло отправленія правосудія и такъ затруднять его чисто техническими трудностями, что оно можетъ быть разсматриваемо какъ рѣдкое исключеніе. Очевидность этого обстоятельства выясняется особенно полно при сопоставленіи ст. 626 со статьей 725. По сколько нибудь важному дѣлу, гдѣ вещественныя доказательства разбросаны въ громадномъ письменномъ матеріалѣ и могутъ оказаться въ массѣ мелочей, удовлетворить требованіямъ ст. 725 окажется для суда почти неосуществимымъ, а между тѣмъ требованія закона въ этомъ смыслѣ вполнѣ опредѣленны. Однако, уже по самому положенію своему, означенныя лица могутъ оказаться совершенно незамѣнимыми свидѣтелями по цѣлой массѣ дѣлъ, особенно касающихся злоупотребленій или упущеній власти. Но какъ разъ въ отношеніи этихъ лицъ важнѣйшій принципъ устности и непосредственности оказывается въ шаткомъ положеніи. Постановленія ст. 626 окажутся еще болѣе непослѣдовательны, если ихъ сопоставить съ ст. 63 и 64 прежнихъ законовъ основныхъ и ст. 43 основныхъ зак. изд. 1906 г. Тутъ мы видимъ какъ разъ признакъ непоколебимаго верховенства закона надъ всѣми гражданами Россійской Имперіи, въ отношеніи которыхъ законъ долженъ имѣть силу непререкаемую. Поэтому столь существенно ограниченіе непосредственности, несомнѣнно, не можетъ быть квалифицируемо иначе, какъ непослѣдовательность, допускаемая закономъ въ отношеніи провозглашеннаго основного начала непосредственнаго суда.

Кромѣ того въ нашей литературѣ указывается [1]), что появленіе этихъ лицъ передъ судомъ не можетъ подрывать ихъ авторитета, ибо положеніе суда какъ стража законодательства, исходящаго отъ верховной власти, столь высоко, что всякое содѣйствіе ему въ дѣлѣ исканія истины можетъ лишь возвысить лицъ, принимающихъ участіе въ этомъ великомъ актѣ. Къ указаннымъ недостаткамъ законодательства слѣдуетъ прибавить практику Сената, въ цѣломъ рядѣ рѣшеній расширяющаго право суда на чтеніе показаній свидѣтеля, между прочимъ даже въ случаѣ нерозысканія его мѣста жительства (1870/453, 1874/215 и др.). Легко видѣть, что такое расширеніе практики не можетъ быть признано правильнымъ, ибо касается по существу самаго важнаго принципа правосудія и ставитъ его осуществленіе въ зависимость отъ чисто случайныхъ событій. Простая небрежность полиціи въ этомъ отношеніи можетъ оказаться роковой для правильности хода суда и потому единственнымъ послѣдствіемъ рѣшенія вопроса было бы принятіе системы англійскаго процесса, по которой всѣ такія показанія свидѣтелей считаются какъ бы не существенными въ дѣлѣ (см. объ этомъ историч. очерк.).

Въ отношеніи чтенія показаній подсудимаго, данныхъ имъ на предварительномъ слѣдствіи (ст. 687), несмотря на отсутствіе положительныхъ указаній закона, мнѣ кажется, можно сдѣлать вполнѣ опредѣленные выводы, сопоставляя ст. 625, 626 и 627 со ст. 683—685. Упоминаніе закона о правѣ чтенія показаній свидѣтелей по исключенію съ одной стороны, и вся терминологія, описывающая допросъ подсудимаго, какъ исключеніе устности съ другой, достаточно ясно свидѣтельствуютъ о невозможности, при сохраненіи основныхъ идей нашего процессуальнаго законодательства, прочитывать его показанія на судѣ, вопреки его желанію. Эти соображенія подтверждаетъ и разсмотрѣніе ст. 722, предоставляющей свидѣтелю право не отвѣчать на вопросы, уличающіе его самого. Если мы видимъ здѣсь рѣшительное намѣреніе законодательства устранить всякую принудительность въ допросѣ даже свидѣтелей въ отношеніи ихъ самихъ, то еще болѣе это должно быть относимо къ подсудимому, которому по ст. 612 и рѣшенію 1871/778 судъ обязанъ предоставить всѣ средства къ оправданію. Такое пониманіе дѣла подтверждается неоднократными рѣшеніями Сената, ограждаю-

---

[1]) Арсеньевъ, Чебышевъ-Дмитріевъ.

щими личность подсудимаго отъ вопросовъ, касающихся виновности. Въ рѣшеніи 1869/298 и др. Сенатъ призналъ невозможнымъ предложеніе подсудимому вопроса о сознаніи ни со стороны прокурора, ни со стороны гражданскаго истца, или соучастниковъ. Ясно, что отступая въ допросѣ подсудимаго отъ важнаго средства современнаго процесса, который началами устности пользуется очень широко въ ст. 720—724, и освобождая подсудимаго отъ перекрестнаго допроса, законодатель несомнѣнно указываетъ на совершенное стремленіе оградить личность подсудимаго возможной гарантіей гуманности и поддержки закона. Великолѣпны въ этомъ отношеніи рѣшенія Сената 1868/534 и 1869/983. Несомнѣнно однако, что сопоставленіе показаній подсудимаго передъ судомъ съ показаніями, данными имъ на предварительномъ слѣдствіи, да еще лишеніе формальной защиты на послѣднемъ, поставитъ его въ положеніе, тягость котораго будетъ совершенно не соотвѣтствовать основнымъ положеніямъ закона, признающаго подсудимаго невиннымъ, пока обратное не доказано.

Въ этомъ отношеніи первоначальная практика Сената стояла на правильной точкѣ зрѣнія въ громадномъ количествѣ рѣшеній. Въ теченіе 30 лѣтъ практика Сената была вполнѣ однородна. Въ рѣшеніи, напримѣръ, 1870/1228 Сенатъ призналъ, что обличеніе подсудимаго на судѣ прочтеніемъ его показаній, данныхъ на предварительномъ слѣдствіи, является совершенно неправильнымъ и потому оказывается вполнѣ законнымъ поводомъ къ кассаціи приговора. Такого характера были рѣшенія 1867/283, 1868/993, 1868/397, 1869/952, 1871/1462 и др. Также точно Сенатъ призналъ существеннымъ нарушеніемъ требованій закона дѣятельность предсѣдателя, обращавшаго вниманіе подсудимаго на разнорѣчивость его показаній съ данными на предварительномъ слѣдствіи, напр. рѣшенія 1871/184, 1873/843. Исключеніе допускается нашей практикой лишь въ случаѣ вполнѣ очевидной необходимости, напр. прочтеніе письменныхъ показаній подсудимаго умершаго или находящагося въ бѣгахъ въ моментъ разсмотрѣнія дѣла о соучастникахъ 1869/187, 1870/1228, 1875/513, 1874/140, 1885/28 и др., чтеніе показаній подсудимаго, вслѣдствіе его о томъ просьбы (1869/298, 1872/296, 1870/1467), лицъ, привлеченныхъ какъ обвиняемые, но затѣмъ не преданныхъ суду (1868/743), и много другихъ. Затѣмъ, совершенно неожиданно, въ рѣшеніи 1894/27, Сенатъ, ссылаясь на рѣшеніе 1876/100, повернулъ обратно и призналъ возможнымъ отступить отъ принятыхъ въ прежней практикѣ положеній, признавъ право суда читать показанія подсудимаго, данныя на предварительномъ слѣдствіи [1]) [2]). Изъ сказаннаго мною выше вытекаетъ совершенная неправильность принятаго Сенатомъ взгляда, который оказывается одинаково несогласнымъ съ духомъ нашего законодательства и съ традиціей судебныхъ прецедентовъ, выработанныхъ въ теченіе 30-лѣтней дѣятельности нашего высшаго суда.

Переходя къ анализу постановленій ст. 627, немедленно бросается въ глаза смѣшеніе въ ней началъ обвинительнаго и слѣдственнаго процессовъ. Признавая судебное слѣдствіе рѣшающимъ моментомъ процесса и вводя съ этой цѣлью начала устности и непосредственности, провозглашая систему устнаго допроса свидѣтелей чрезвычайно важнымъ средствомъ раскрытія истины, законодатель въ то же время въ ст. 627 вступаетъ въ борьбу съ провозглашенными принципами. Достаточно свидѣтелю оказаться въ противорѣчіи съ показаніями, данными на предварительномъ слѣдствіи, какъ на смѣну живой рѣчи и непосредственныхъ воспріятій суда появляется мертвый протоколъ допроса, несущій всѣ опасныя стороны письменной процедуры. Центръ тяжести всего

---

[1]) Въ доктринѣ чрезвычайно рѣзко высказывается противъ чтенія показаній обвиняемаго, даннаго на предварительномъ слѣдствіи, Гольцендорфъ. Онъ полагаетъ этотъ способъ рѣшенія истины совершенно недопустимымъ.

[2]) Объ этомъ Гольцендорфъ, стр. 66. Томъ 2-й цит. соч.

процесса внезапно накреняется въ сторону розыска, и судъ оказывается въ положеніи человѣка, оспаривающаго самого себя. Это имѣетъ тѣмъ большее значеніе, что свидѣтель, дающій показанія въ торжественной обстановкѣ суда, подъ присягой, конечно заслуживаетъ большаго довѣрія, нежели онъ же, давшій ихъ въ обстановкѣ нашего предварительнаго слѣдствія, оффиціально признаннаго имѣющимъ массу недостатковъ.

Отсутствіе защиты на предварительномъ слѣдствіи часто оставляетъ бездну вопросовъ, закрытыхъ односторонними усиліями слѣдователя, и потому вся огранка какого либо факта, искомаго судомъ, можетъ всплыть наружу лишь подъ перекрестными ударами направленныхъ сторонами вопросовъ. Едва такой свидѣтель уяснитъ обстановку фактовъ для суда, какъ предложеніе пустячнаго вопроса какой либо стороной можетъ повлечь за собою полное измѣненіе картины, спутавъ свидѣтеля и вызвавъ этимъ чтеніе протокола, отчего обстоятельства дѣла сразу предстанутъ въ другомъ свѣтѣ. Слова протокола, къ которымъ свидѣтель часто относится безразлично, внезапно выплываютъ въ связи съ предупрежденіемъ предсѣдателя объ отвѣтственности за ложное показаніе и свидѣтель, въ особенности если онъ теменъ, а такихъ лицъ какъ разъ и оказывается особенно много въ нашихъ судахъ, начинаетъ путаться въ показаніяхъ, колебаться въ выводахъ, спотыкаться въ данныхъ. Какъ опасны для суда подобныя явленія—не стоитъ распространяться, довольно указать, что при естественномъ стремленіи присяжныхъ и суда толковать всякое противорѣчіе въ показаніяхъ въ пользу подсудимаго, во многихъ случаяхъ это можетъ оказаться во вредъ правосудію, приводя къ оправданію виновныхъ.

Въ литературѣ, противъ такой постановки дѣла высказывается Гольцендорфъ. Онъ признаетъ допустимымъ чтеніе показаній свидѣтелей, умершихъ или пропавшихъ безъ вѣсти, вообще такихъ, появленіе которыхъ передъ судомъ абсолютно невозможно, но считаетъ недопустимымъ прочтеніе показаній свидѣтелей, не явившихся по болѣзни, дряхлости и дальности разстоянія мѣста ихъ жительства. Онъ полагаетъ необходимымъ допускать въ такихъ случаяхъ отправленіе къ нимъ на домъ судьи для снятія допроса, при которомъ должно быть предоставлено право участія сторонамъ. [1]) У насъ говоритъ объ опасности расширенія такого права профессоръ Случевскій [2]). При этомъ указывается на чрезвычайную трудность примѣненія на практикѣ тонкостей разграниченія въ правѣ чтенія документовъ, дѣлаемую Сенатомъ. Сенатъ, напримѣръ, въ рѣшеніи 1892/20, призналъ, что упоминаніе въ заключительныхъ преніяхъ о мнѣніяхъ спеціалистовъ черезъ прочтеніе соотвѣтствующихъ мѣстъ ихъ сочиненій влечетъ за собою кассацію приговора, если это не было упомянуто на судебномъ слѣдствіи.

Въ виду этого было бы очень умѣстно перейти къ порядку судопроизводства Англіи, до сихъ поръ оставшагося не превзойденнымъ типомъ борьбы государства съ преступленіемъ посредствомъ терпѣливой заботливости общественнаго вниманія къ нуждамъ подсудимаго и самой широкой постановки индивидуальныхъ гарантій. Неправильность постановки вопроса сказывается очень сильно въ колеблемости практики Сената относительно постановленій ст. 627 и массѣ рѣшеній, сопровождающихъ практическое осуществленіе ея въ процессуальной жизни. Расширивъ толкованіе статьи чрезвычайно въ рѣшеніяхъ 1867/218, 1867/462, 1868/182, 1875/416, 1869/796, 1871/184 и многихъ другихъ, Сенатъ сталъ на точку зрѣнія, которая могла совершенно уничтожить примѣненіе устныхъ показаній въ судахъ, ибо при сколько нибудь значительномъ промежуткѣ времени, протекшемъ отъ допроса на предварительномъ слѣдствіи до суда, свидѣтель непремѣнно позабывалъ часть своихъ показаній. Поэтому, одновременно съ этимъ, мы имѣемъ рядъ рѣшеній, открывающихся рѣшеніемъ

---

[1]) Гольцендорфъ, цит. соч., стр. 64 и слѣд.

[2]) Учебникъ, стр. 687—689.

1868/49, 1869/791, 1870/1505, гдѣ Сенатъ указываетъ, что такое чтеніе должно быть допускаемо лишь послѣ перекрестнаго допроса сторонъ, при невозможности выясненія обстоятельствъ дѣла устнымъ путемъ. Вслѣдъ затѣмъ Сенатъ идетъ далѣе, и въ рѣшеніи 1869/952, 1869/939, 1870/1505 разъясняетъ, что требованіе сторонъ о прочтеніи показаній свидѣтелей, для суда не обязательно. Касаясь вопроса о правѣ суда постановлять о прочтеніи показаній свидѣтелей безъ требованія сторонъ и признавъ его въ рѣшеніи 1868/806, 1871/1042, Сенатъ сейчасъ же отказался отъ принятыхъ основаній и въ цѣломъ рядѣ рѣшеній 1868/397, 1870/247 и мн. др. считаетъ такое прочтеніе поводомъ къ уничтоженію силы приговора.

Припоминая сказанное мною выше, становится очевиднымъ, что наблюдаемая путаница происходитъ отъ смѣшенія въ одномъ и томъ же процессѣ совершенно различныхъ принциповъ обвинительнаго и розыскного судовъ, и потому единственный выходъ, это—переходъ къ постановленіямъ англійской процедуры, гдѣ никакія чтенія допроса на предварительномъ слѣдствіи недопустимы[1]). Мнѣ приходитъ въ голову давно читанная гдѣ то мысль, что достоинства каждаго закона обратно пропорціональны числу кассаціонныхъ рѣшеній, которыя его разъясняютъ. Если приложить этотъ масштабъ къ положеніямъ ст. 627, то колеблющаяся неоднородность и крайняя многосложность сопровождающихъ ее рѣшеній будетъ говорить въ этомъ отношеніи сама за себя.

Теперь я постараюсь обосновать нѣкоторые выводы, которые напрашиваются при изученіи постановленій ст. 678. Еще Миттермайеръ, характеризуя французскіе судебные порядки, указывалъ, какъ на нарушеніе права стороны обвиняемаго, на развертываніе въ обвинительномъ актѣ системы данныхъ предварительнаго слѣдствія. Это возможно, разумѣется, лишь при допущеніи чтенія обвинительнаго акта, чего не знаетъ англійскій образецъ. Извѣстно, что въ Англіи по закону 1865 года статута 28 Викторіи, гл. XVIII, порядокъ суда, въ отношеніи къ обвинительному акту, представляется въ слѣдующемъ видѣ. Обвинитель устно излагаетъ обвиненіе, въ которомъ указываетъ на имѣющіяся въ его распоряженіи средства (opening the cose), а послѣ этого предъявляетъ собранныя имъ по дѣлу доказательства. Изъ изложеннаго можно заключить, что начала непосредственности въ англійскомъ процессѣ не нарушаются совершенно, и устная передача фактовъ обвиненія возможна лишь въ томъ видѣ, въ какомъ они будутъ представлены анализу судебнаго слѣдствія.

Въ континентальной литературѣ къ виднымъ противникамъ чтенія обвинительнаго акта принадлежитъ знаменитый Рудольфъ Гнейстъ. Названный ученый съ большой энергіей указываетъ на значеніе чтенія обвинительнаго акта въ смыслѣ нарушенія принципа устности и указываетъ на то, что переходъ къ англійскимъ судебнымъ порядкамъ въ этомъ отношеніи одинъ измѣнитъ весь процессъ. Гнейстъ очень правильно указывалъ, что если обвинительный актъ принадлежитъ къ информаціонному матеріалу процесса, то прочитывать его въ процессѣ нельзя безъ существеннаго нарушенія функцій обвинительнаго суда [2]). Изъ новѣйшихъ писателей въ германской доктринѣ тѣ же выводы дѣлаетъ, анализируя положеніе прокурора, профессоръ Сюэссъ [3]). Наконецъ, и въ Германіи при составленіи перваго проекта, въ мотивахъ къ у. у. судопр. [4]) коммисія пришла къ выводу, что чтеніе обвинительнаго акта является нарушеніемъ принципа обвинительной процедуры и постановила обязать прокуратуру къ краткому изложенію обвинительнаго акта устнымъ путемъ.

---

[1]) Объ этомъ выше,—историч. очеркъ.

[2]) Gneist—Vier Fragen zur Deutschen Strafprozessordnung mit einem Schlusswort über die Schöffengerichte 1874. Berlin. S. 132 и слѣд.

[3]) Объ этомъ Сюэссъ, стр. 18 и слѣд. цит. соч.

[4]) Стр. 169 и слѣд.

Но я полагаю возможнымъ представить нѣкоторыя другія соображенія для измѣненія нынѣ существующаго порядка соотвѣтственными требованіями состязательнаго начала. Начало устности обязываетъ, прежде всего, къ возможно полному устраненію изъ судебнаго слѣдствія какихъ бы то ни было письменныхъ документовъ, развлекающихъ вниманіе суда и мѣшающихъ концентрировать усилія памяти на изученіи излагаемыхъ событій. Можно возразить на это, что здѣсь дѣло въ содержаніи обвинительнаго акта и значитъ не въ принципѣ, а въ его примѣненіи. Но во первыхъ съ чисто практической стороны возможность извлекать изъ данныхъ предварительнаго слѣдствія неограниченный матеріалъ и независимое въ отношеніи суда положеніе прокурора, сами по себѣ даютъ возможность громоздить судебное слѣдствіе массами мертвыхъ матеріаловъ.

А затѣмъ, есть и другія основанія болѣе прочнаго свойства. Та психологическая особенность, которая, какъ я указалъ выше, соотвѣтствуетъ спеціальнымъ свойствамъ каждаго индивидуума въ умѣніи комбинировать образы, слова и воплощать въ нихъ идеи, производитъ не одинаковое впечатлѣніе на слушателей, является ли она продуктомъ внезапнаго творчества, или основывается на кропотливомъ подборѣ выраженій, каждое изъ которыхъ разсчитано на соотвѣтственное воздѣйствіе на присутствующихъ. При чтеніи обвинительнаго акта, живая обстановка событія, въ которомъ каждый фактъ появляется снабженнымъ, съ позволенія сказать, паспортомъ для будущаго появленія на судѣ, тускнѣетъ, сплывается, длинныя нити идей, закутанныя въ ритмъ размѣренной рѣчи, падая, среди напряженнаго вниманія залы утомляютъ вниманіе суда, которое вообще имѣетъ очень узкіе предѣлы. Профессоръ Крепелинъ въ своемъ сочиненіи «Умственный трудъ» [1]) находитъ, что сила и сосредоточеніе вниманія возможны только въ теченіе 15-минутнаго промежутка, и потому къ наиболѣе серьезному моменту процесса, началу перекрестнаго допроса, судъ оказывается съ психической стороны сильно утомленнымъ, и за эту усталость заплатитъ прежде всего подсудимый. Кромѣ того, возможность слѣдить за правильной группировкой фактовъ письменной рѣчи значительно труднѣе для суда, особенно присяжныхъ, нежели за устнымъ ихъ изложеніемъ, ибо требуетъ отъ многихъ непривычнаго напряженія вниманія къ запоминанію писаннаго слова.

Эти соображенія подкрѣпляются слѣдующими выводами. Въ литературѣ прочно установилась необходимость передачи всѣхъ свѣдѣній, сообщенныхъ въ обвинительномъ актѣ, подсудимому и участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ, для возможности правильной борьбы на судѣ [2]). Но это обстоятельство несомнѣнно указываетъ на необходимость постановленія обвиняемаго въ возможность парировать выводы обвинительнаго акта, а при чтеніи его на судѣ это сдѣлать для него будетъ гораздо затруднительнѣе, нежели при изустномъ изложеніи предмета обвиненія. Помимо всего и практика нашего кассаціоннаго суда даетъ косвенное подтвержденіе моимъ доводамъ. Въ рѣшеніи 1892/20 Сенатъ призналъ, что даже ссылка на мнѣнія спеціалистовъ путемъ чтенія ихъ сочиненій во время заключительныхъ преній, если они не были предметомъ судебнаго слѣдствія, составляетъ прямое нарушеніе устнаго начала и является поводомъ къ кассаціи. Я полагаю, что чтеніе обвинительнаго акта, часто длящееся болѣе часа, по важнымъ дѣламъ, является гораздо болѣе существеннымъ нарушеніемъ устнаго производства и должно быть разсматриваемо, какъ отступленіе нашего законодательства отъ принятыхъ въ основаніе началъ.

---

[1]) «Умствен. трудъ».

[2]) У насъ профессоръ Случевскій особенно предостерегаетъ отъ перенесенія центра тяжести обвинительнаго процесса въ слѣдственное производство и обращаетъ вниманіе на затруднительность правильнаго проведенія принципа устности при томъ положеніи дѣла, какое сообщаетъ ему толкованіе сената. Учебникъ стр. 687—689. (Объ этомъ Глязеръ, ч. II, стр. 425 и слѣд.).

Слѣдующей статьей, интересной въ своемъ содержаніи, является 687, которая разрѣшаетъ читать на судебномъ засѣданіи лишь протоколъ объ осмотрѣ, освидѣтельствованіи, обыскахъ и выемкахъ, по требованію сторонъ или суда. При этомъ практика Сената по началу совершенно послѣдовательно стремилась толковать ограничительно постановленія ст. 687. Въ рѣшеніи 1872/257, Сенатъ призналъ возможность такого прочтенія лишь при наличности невозможности разъяснить одинъ изъ актовъ, перечисленныхъ ст. 687, допросомъ свидѣтелей. Исходя изъ этихъ же положеній Сенатъ призналъ невозможнымъ читать акты дознанія на судѣ, хотя бы стороны противъ этого и не протестовали (рѣш. 1871/324). Первоначальная практика Сената, по моему, была совершенно правильна по слѣдующимъ основаніямъ. Перечень ст. 687 очень точенъ и по характеру дѣйствующихъ въ ней перечисленій, относящихся до оффиціальнаго судебнаго розыска, и по тщательной законченности ея грамматическаго смысла. Достаточно сравнить эту статью съ 629 или 626 и 627 ст. устава, чтобы убѣдиться, что словарь законодателя имѣетъ и совершенно другія выраженія, когда онъ желаетъ расширить толкованіе закона. А если сопоставить статью 687 съ 625, устанавливающей основныя положенія устности, то станетъ совершенно очевиднымъ, что распространительность толкованія документовъ, допускаемыхъ къ прочтенію, совершенно не согласна съ ея смысломъ. Къ сожалѣнію, въ послѣднее время Сенатъ, въ рядѣ рѣшеній 1872/1326, 1873/484, 1876/245 и мног. друг., призналъ возможнымъ оглашеніе всѣхъ документовъ, пріобщенныхъ къ дѣлу, или значащихся въ обвинительномъ актѣ, какъ основѣ обвиненія, равно какъ и въ доводахъ защиты, если содержаніе ихъ не можетъ быть установлено изъ устнаго свидѣтельскаго показанія. Эти соображенія раздѣляетъ и комиссія по составленію новаго у. у. с. и въ ст. 598 проекта уполномочиваетъ судъ на оглашеніе всѣхъ документовъ подъ единственнымъ условіемъ отношенія ихъ къ предмету ихъ изслѣдованія [1]).

Соображенія коммисіи въ томъ видѣ, какъ они изложены, встрѣчаютъ серьезныя сомнѣнія. Понятіе непосредственности отношенія актовъ, являющихся предметомъ доказательствъ, во многихъ случаяхъ [2]) не можетъ быть опредѣленнымъ. Въ виду этого стороны всегда найдутъ возможнымъ представлять дѣло въ томъ видѣ, какой будетъ болѣе соотвѣтствовать ихъ интересамъ, что повлечетъ за собою новыя тучи кассаціонныхъ жалобъ и соотвѣтственное количество разъясненій, которыя, при фатальной неоднородности практики нашего Сената, повлекутъ за собою чрезвычайно усложненную судебную процедуру. Въ виду этого я полагаю возможнымъ, подобно англійскому образцу, прибѣгать къ чтенію документовъ, ограниченному указаніями ст. 687, лишь въ случаѣ невозможности установить вновь содержащіяся въ нихъ свѣдѣнія устнымъ опросомъ свидѣтелей, или непосредственной поѣздкой суда на мѣсто, описанное въ протоколѣ.

Въ отношеніи ст. 629 слѣдуетъ указать, что дозволеніе читать, участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ, полученныя ими письма или документы, относящіеся къ предмету ихъ показаній, по моему, является совершенно напраснымъ отступленіемъ отъ провозглашенныхъ началъ устнаго производства. Начало непосредственности будетъ тогда лишь соблюдено, когда судъ самъ разсмотритъ приводимые свидѣтелями документы, что обязательно и произойдетъ на самомъ дѣлѣ, между тѣмъ какъ чтеніе ихъ, кромѣ нарушенія началъ устности, рѣшительно ни къ чему не поведетъ. Поэтому правильнѣе было бы предоставить право свидѣтелямъ предъявлять такіе документы непосредственно разсмотрѣнію суда примѣнительно къ требованіямъ ст. 725, безъ прочтенія ихъ содержанія, совершенно безполезно нарушающаго принципъ. Сенатъ въ рядѣ рѣше-

---

[1]) Т. III, стр. 220.

[2]) О кот. говоритъ коммис. какъ объ основ. для прочт.

ній стремился ограничить примѣненіе ст. 629, указывая между прочимъ, въ качествѣ основанія къ разрѣшенію чтенія такихъ документовъ, лишь прямое отношеніе ихъ къ предмету показаній и, что самое важное, достовѣрность. А это уже налагаетъ столь существенныя ограниченія на примѣненіе ст. 629, что дѣлаетъ ея существованіе совершенно случайнымъ, ибо вводитъ вполнѣ неопредѣленное понятіе достовѣрности документа, для которой никакихъ юридическихъ признаковъ не существуетъ. (Таковы рѣшенія 1868/577, 1868/191, 1868/993, 1870/295 и мн. др.).

Высказываемыя соображенія станутъ совершенно ясными при анализѣ постановленій ст. 696 и 697. Категорическое выраженіе законодательства, прямо требующее предъявленія доказательствъ сторонамъ, не оставляетъ никакого сомнѣнія въ желаніи его придать возможно широкое значеніе непосредственному сближенію суда и участвующихъ въ дѣлѣ лицъ съ предметомъ доказательствъ. Это соображеніе получитъ еще большее значеніе, если мы приведемъ его въ связь съ постановленіями ст. 725, требующей положительнаго предъявленія такихъ вещественныхъ доказательствъ каждому свидѣтелю. Поэтому несомнѣнно нѣкоторое противорѣчіе, которое возникаетъ въ сознаніи, при чтеніи постановленій ст. 629, гдѣ самыя важнѣйшія доказательства могутъ оказаться зависящими отъ желанія свидѣтеля ихъ оглашать, да еще поступаютъ въ распоряженіе суда, путемъ посредственности ихъ изложенія, черезъ прочтеніе на судѣ. Сенатъ въ своей первоначальной практикѣ толковалъ ст. 696 и 697 именно какъ обязательное требованіе законодательства, неисполненіе котораго судомъ влекло кассацію приговора. Таковы рѣшенія 1868/152, 1870/470, 1870/276 и т. д.

Переходя къ анализу постановленій ст. 680, 683, 684, слѣдуетъ указать на коренное различіе, существующее въ практическомъ осуществленіи права допроса подсудимаго въ Англіи и на континентѣ. Нужно читать отзывы наиболѣе извѣстныхъ процессуалистовъ, напр. Стифена или Арчбольда, чтобы видѣть глубину недовѣрія, питаемаго англичанами къ системѣ континентальнаго допроса, ведомаго судьей въ отношеніи подсудимаго. Стифенъ, цитируя слова одного французскаго писателя, сравнившаго систему допроса, которая принята во Франціи, со средневѣковой пыткой, полагаетъ, что единственнымъ условіемъ правильнаго допроса является предоставленіе его подъ контроль судьи, охранителя правъ обвиняемаго [1]). На континентѣ принята какъ разъ обратная система допроса, при чемъ въ литературѣ, однако же, соотвѣтственно современному положенію личности въ государствѣ (этой вѣчно живой критикѣ всѣхъ положеній суда), какъ разъ стремленіе оградить личность подсудимаго оправдываетъ выгодами подсудимаго необходимость допроса послѣдняго именно судьей, а не обвинителемъ, естественно склоннымъ усугублять положеніе противника. Такъ, напримѣръ, въ германской доктринѣ Сюэссъ этимъ способомъ доказывалъ необходимость отклоненія отъ англійскаго образца, указывая на допросъ подсудимаго предсѣдателемъ, какъ на естественную гарантію личности, требуемую обстоятельствами современнаго процесса [2]). Любопытной иллюстраціей научныхъ положеній относительно роли подсудимаго въ процессѣ можетъ служить рѣшеніе германскаго имперскаго суда отъ 14 декабря 1883 г. [3]) Въ этомъ рѣшеніи имперскій судъ говоритъ: «хотя опросъ подсудимаго для суда является и очень важнымъ основаніемъ, согласно ст. 260 у. у. с., для широкой и всесторонней увѣренности, однако же признанія подсудимаго не могутъ быть признаваемы средствомъ доказательства, въ смыслѣ у. у. с.».

Совершенно такой же взглядъ проводится въ нашемъ законодательствѣ. По крайней мѣрѣ, это, по моему, вытекаетъ при сопоставленіи статей 680, 683, 682, 684 и

---

[1]) Объ этомъ Стифенъ, стр. 47—49 цит. соч.

[2]) Цит. соч., 372 и слѣд.

[3]) Urt. des II Strafsenats vom 14 December 1883.

ст. 685. Затѣмъ далѣе, сопоставленіе положенія ст. 722 съ указанными выше статьями еще болѣе усиливаетъ увѣренность въ томъ, что законодательство наше не считаетъ допросъ подсудимаго предметомъ судебныхъ доказательствъ. Предоставленіе ему права не отвѣчать на вопросы сторонъ и предсѣдателя, устраненіе отъ допросовъ прокурора, положеніями ст. 680, по моему, болѣе чѣмъ доказательны въ этомъ отношеніи. Отсюда понятна практика Сената, первоначально совершенно устраняющая чтеніе показаній подсудимаго, данныхъ на предварительномъ слѣдствіи. Таково рѣшеніе Сената 1872/82 [1]). И далѣе, въ цѣломъ рядѣ рѣшеній, Сенатъ стоялъ на такой точкѣ зрѣнія, которая была совершенно правильна. Въ рядѣ рѣшеній 1867/283, 1869/983 и др. Сенатъ призналъ необходимость пощады и бережнаго отношенія предсѣдателя къ личности подсудимаго и исключилъ всякую возможность добиваться на судѣ его сознанія. Сенатъ шелъ далѣе и признавалъ, что даже показанія соучастниковъ, данныя на предварительномъ слѣдствіи, не могутъ читаться на судѣ (1867/283). Поэтому нельзя согласиться съ позднѣйшимъ по времени рѣшеніемъ по дѣлу Макарова, 1894/27, гдѣ Сенатъ сталъ на совершенно обратную точку зрѣнія, которую раздѣлила почти вся коммисія по составленію проекта новаго у. у. с., за исключеніемъ проф. Спасовича [2]). Главная суть разсужденій коммисіи сводится къ тому, что судъ можетъ пользоваться всѣми средствами въ раскрытіи истины. Если признать справедливымъ это воззрѣніе, мы приходимъ полностью къ выводамъ инквизиціоннаго процесса и забываемъ величайшее пріобрѣтеніе нашего времени, выразившееся въ credo Канта: «человѣкъ никогда не можетъ быть средствомъ, а всегда только цѣль». Подсудимый въ наше время уже не можетъ быть объектомъ исканія истины и безпощадное объективированіе его дѣятельности со стороны суда непремѣнно будетъ тусклою тѣнью въ ея сіяющемъ ореолѣ.

Наконецъ, въ завершеніе произведеннаго мною анализа начала устности, я считаю необходимымъ указать на постановленіе ст. 729. Здѣсь вызываетъ сомнѣнія предоставленіе права удаленія изъ засѣданія, наравнѣ съ буйствомъ подсудимаго, и въ тѣхъ случаяхъ, когда требуется снять допросъ въ его отсутствіи. Въ отношеніи этого обстоятельства слѣдуетъ повторить полностью то, что говорилось выше объ аналогичномъ постановленіи германскаго законодательства. Кромѣ того постановленіе заключительной части 729 ст. дѣлаетъ совершенно не нужнымъ удаленіе подсудимаго изъ зала. Если предсѣдатель сообщитъ ему стенографически точно о происходившемъ въ его отсутствіе въ залѣ суда, уводить его окажется излишнимъ; если подсудимый былъ удаленъ изъ опасенія вліянія на личность свидѣтеля, то судъ подпадаетъ въ полную зависимость отъ правдивости показаній послѣдняго и добровольно отказывается отъ величайшаго пріобрѣтенія новаго суда—созерцать непосредственно борьбу сторонъ, развивающуюся въ его присутствіи. Практика Сената подтверждаетъ въ этомъ отношеніи мои выводы. Въ рѣшеніи 1867/522 Сенатъ указалъ, что удаленіе защитника, безъ предварительнаго замѣчанія, можетъ быть допущено лишь въ крайнихъ случаяхъ, а засѣданіе по удаленіи защитника можетъ продолжаться лишь съ согласія подсудимаго. Но если такова точка зрѣнія въ отношеніи формальной защиты, понятна необходимость расширить ее еще болѣе въ отношеніи защиты матеріальной, которую ведетъ самъ подсудимый, въ благожелательномъ по смыслу ст. 612 для него судѣ. Что касается постановленій ст. 675, въ этомъ отношеніи слѣдуетъ указать на колеблющуюся практику Сената въ дѣлѣ ея примѣненія. Сначала признана была критеріемъ для ея примѣненія важность обстоятельствъ дѣла, затѣмъ важность уголовной кары, угрожающей подсудимому, потомъ разрѣшеніе отпуска присяжныхъ домой, при невозможности ихъ

---

[1]) Проф. Чебышевъ-Дмитріевъ говоритъ, что ихъ слѣдуетъ считать какъ бы не существовавшими вовсе. Цит. соч.

[2]) См. разсужд. ком., Объясн. зап., т. III, стр. 213—214. 1900.

оставаться въ засѣданіи, затѣмъ циркулярнымъ указомъ 1878 г. Сенатъ совершенно запрещаетъ отпускъ домой присяжныхъ по дѣламъ, влекущимъ лишеніе всѣхъ правъ по состоянію присвоенныхъ [1]).

Постановленія нашего законодательства о непрерывности выражены въ ст. 633, проводящей это начало вполнѣ послѣдовательно и обезпечивающей цѣль непрерывности— проведеніе черезъ память судьи всѣхъ воспріятій, связанныхъ съ даннымъ дѣломъ, не разбавляемыми какими бы то ни было внѣшними вліяніями. Будучи связана непрерывно съ началомъ внутренняго убѣжденія судей, форма непрерывности, разумѣется, совершенно тѣсно примыкаетъ и къ началу непосредственности, будучи логически отъ него неотдѣлима. Выражаясь въ изученіи дѣла единымъ составомъ суда, начало непрерывности необходимо предполагаетъ изученіе дѣла судомъ вплотную, безъ перебоя вынесенныхъ впечатлѣній какими либо побочными вліяніями внѣшняго міра. Тѣ ограниченія относительно началъ непрерывности, которыя дѣлаетъ наше законодательство, вполнѣ необходимы. Что же касается до идеальнаго его проведенія, то для этого требовалось бы введеніе производства по англійскому образцу, гдѣ благодаря сокращенію системы преній и допросовъ, а также праву судьи среди хода судебнаго слѣдствія предлагать вопросы, могущіе его прекратить,—самыя сложныя дѣла требуютъ не болѣе 3-хъ засѣданій.

Глава XVII.

Переходя къ анализу понятія непосредственности, въ ея примѣненіи къ уголовному судопроизводству военному, очевидная ея необходимость вытекаетъ изъ всего сказаннаго о непосредственности общей. Коль скоро войско должно имѣть судъ въ полнотѣ его правъ и вліяній, если поддержаніе интересовъ истины оказывается для войска относительно еще болѣе необходимо, чѣмъ для процесса общаго, а это я полагаю достаточно доказаннымъ всѣмъ предыдущимъ, то, само собой разумѣется, необходимо распространеніе одного изъ важнѣйшихъ понятій обвинительнаго процесса и на судъ военный [2]).

Но я полагаю возможнымъ указать еще на одно важное доказательство, показывающее особенную необходимость введенія непосредственности и устности въ военно-уголовномъ процессѣ, какъ могущественнаго средства поддержанія дисциплины. Идея публичнаго производства, какъ я уже говорилъ, способствуя усиленію солидарности въ арміи, поднимаетъ тѣмъ самымъ чувство однородной сплоченности, въ конечномъ счетѣ выражаемое въ дисциплинѣ, оказалась бы безсильной, если бы на встрѣчу ей не шло въ этомъ направленіи начало непосредственнаго изученія судебныхъ доказательствъ. Отказъ обвинителю и судьямъ самолично убѣждаться въ дѣйствительной виновности товарища даетъ право подсудимому зрѣлищемъ темной гибели вносить раздвоеніе въ сознаніе товарищеской среды и наноситъ торжествующему правосудію послѣдній ударъ въ моментъ его высшаго осуществленія. Помимо этого съ юридической стороны непосредственность имѣетъ въ ея примѣненіи къ военному процессу существенное значеніе. При относительности обрисовки многихъ военныхъ преступленій техниче-

---

[1]) Матер. по пересм. суд. уст., т. I, стр. 192—195. У насъ о непрерывности—проф. Случевскій, стр. 687, проф. Чебышевъ-Дмитріевъ. стр. 598 и друг.

[2]) «Устность и непосредственность—вотъ теперешній базисъ, котораго въ главномъ производствѣ избѣжать никакъ нельзя», говоритъ Zenk, цит. соч. § 18.

ская часть свидѣтельскихъ показаній исключительно важна. Мимика, слово, жестъ, воспроизводимые свидѣтелями въ присутствіи сторонъ и суда, играютъ подчасъ рѣшающее значеніе. Нигдѣ, можетъ быть, юстиція не должна быть столь бдительна, а шагъ ея такъ остороженъ, какъ въ военныхъ трибуналахъ. Въ грозномъ величіи абстракцій безличнаго долга и аскетическаго самоотреченія, умъ судьи и юриста можетъ загипнотизировать вліяніе идеала безпощадной суровости. Нужно, чтобы жизнь въ ожерельѣ мелочей, въ одеждѣ фактовъ, какъ волшебница въ сказкѣ, вкатилась въ залъ суда, чтобы заставить судью очнуться. Этого и достигаетъ непосредственность обстановки его воспріятій.

Что касается доктрины, то здѣсь можно отмѣтить полное согласованіе наиболѣе видныхъ военныхъ процессуалистовъ. Вейсль, напримѣръ, въ своемъ сочиненіи [1]) указываетъ на устность, какъ на единственное средство исканія истины верховнаго властелина конечныхъ судебъ каждаго военно-процессуальнаго основанія. Совершенно такія же мысли высказываетъ германскій профессоръ Вейсенбахъ [2]), Краусъ [3]), Боте [4]), во Франціи Фуше [5]), Прадье Фодере [6]). Наконецъ у насъ, начиная отъ документовъ коммисіи по созданію военно-судебнаго устава, черезъ громадное количество матеріаловъ, сопровождавшихъ реформу 1882 года, проходитъ то же убѣжденіе и едва ли не самыя блестящія доказательства, высказанныя когда либо въ военно-процессуальной доктринѣ въ пользу сохраненія и развитія этого института, были созданы у насъ. Быть можетъ, болѣе, чѣмъ когда-либо, можно отнести сюда славу, упрочившуюся за нашимъ военнымъ процессомъ, какъ наиболѣе гуманнымъ и передовымъ во всей Западной Европѣ [7]). По крайней мѣрѣ отзывы нашего военно-судебнаго вѣдомства на предполагаемыя измѣненія въ военно-судебномъ уставѣ показываютъ столь глубокое пониманіе вопроса и такое бережное отношеніе къ началу непосредственности, которое сдѣлало бы честь юридической мысли въ любомъ кодексѣ и въ любой странѣ.

Приступая къ анализу начала непосредственности въ германскомъ в. с. у., слѣдуетъ сказать, что теоретически оно провозглашено совершенно опредѣленно въ ст. 260, 306, 309, 304, 278, 269 и 186. Но затѣмъ, исключенія изъ принципа столь велики, что совсѣмъ заслоняютъ самый принципъ своей плотной тучей и вмѣсто яркаго дня въ процессѣ получаются однѣ лишь смутныя тѣни глубокаго сумеречнаго освѣщенія. Процессъ-то, въ конечномъ счетѣ, отъ торжественно провозглашеннаго принципа не выигрываетъ ничего. Что толку юристамъ, знающимъ о существованіи основныхъ началъ, если путь къ нимъ совершенно загроможденъ. Сознаніе о томъ, что солнце гдѣ-то ярко сіяетъ, дѣлаетъ еще болѣе тягостной досадливую мглу. На одну 260 статью приходится масса ограниченій, таковы ст. 270, 271, 290, 293, 301, 303, 305, 307, 308, 310. Нѣкоторыя изъ множества перечисленныхъ ограниченій заслуживаютъ особаго вниманія, напр. ст. 301, допускающая устраненіе обвиняемаго изъ засѣданія, въ случаяхъ опасеній за правдивость показаній свидѣтеля въ его присутствіи. Я говорилъ уже выше относительно соотвѣтственныхъ постановленій ст. 246 общаго германскаго устава, изъ которой заимствована ст. 301. Здѣсь слѣдуетъ добавить только, что при наличности института герихтсхерровъ, когда рядъ свидѣтельскихъ показаній можетъ являться на судѣ исключительно вслѣдствіе недостаточно развитого чувства самостоятельности въ подчиненныхъ, единственная возможность борьбы, въ неблаго-

---

[1]) Milit. Strafverf. ins Russland f. f. S. 54—61, 129.

[2]) S. 124—131 цит. соч.

[3]) Цит. соч. стр. 121.

[4]) Цит. соч. стр. 38 и слѣд.

[5]) Цит. соч. стр. 341 и слѣд. и 362.

[6]) Цит. соч. стр. 323.

[7]) См. объ этомъ восторженные отзывы Вейсля.

пріятной обстановкѣ дѣла, заключается въ правѣ подсудимаго наблюдать свидѣтельскія показанія съ момента ихъ появленія, ловя заинтересованнымъ ухомъ малѣйшую подробность, говорящую въ его пользу. Замѣчательно выраженіе послѣдней части ст. 301, совершенно ясно намѣчающее всю беззащитность подсудимаго при подобномъ положеніи дѣла. Ст. 301 не требуетъ, какъ наше законодательство, подробнаго изложенія всего происшедшаго въ отсутствіе обвиняемаго на судѣ, она предлагаетъ только сообщить обвиняемому сущность того, что происходило. Поэтому при широкой неопредѣленности понятія „сущности" происшедшаго, при значеніи мельчайшихъ фактовъ, полунамековъ, неуловимой игры чувства въ словахъ свидѣтеля, драгоцѣнная часть показаній, которая обосновываетъ самый институтъ непосредственности въ его сущности, для подсудимаго окажется закрытой.

Слѣдующія особенно важныя ограниченія устности производитъ ст. 308, предоставляя право чтенія показаній подсудимаго, не только при наличности сдѣланнаго имъ ранѣе признанія, но даже въ случаѣ противорѣчій съ его прежнимъ показаніемъ, даннымъ на предварительномъ слѣдствіи [1]). Легко видѣть, какое грозное противорѣчіе имѣемъ мы здѣсь всей идеѣ правосудія, гуманности, праву личности, презумпціи невиновности, началу устнаго производства, однимъ словомъ всей системѣ нашей цивилизаціи. Какое разительное противорѣчіе несетъ это правило убійственной 308 ст. съ благородной заботливостью нашего законодательства, изложеннаго въ 825 ст. нашего в. с. у. Указанія на противорѣчіе съ прежними показаніями какъ бы прямо толкаютъ предсѣдателя суда на вымогательство признанія подсудимаго, чувствующаго себя среди враговъ, передъ громадой пристрастно дѣйствующей юстиціи [2]). Понятно, что это совершенно разрушаетъ зданіе обвинительнаго суда и, изъ за развалинъ, какъ deus ex mahina, показывается образъ инквизиціоннаго суда, съ его суровой односторонностью и безпощаднымъ презрѣніемъ къ праву подсудимыхъ. Аналогичныя почти по важности отступленія отъ принципа изложены въ 310 статьѣ. Объ этомъ давно, еще до реформированнаго процесса, Боте въ 1878 г. говорилъ, какъ о совершенно неестественномъ явленіи. Онъ указывалъ на полную несовмѣстимость устнаго производства съ господствомъ предварительнаго слѣдствія и, доводя до логическаго конца свои заключенія, требовалъ уничтоженія формальнаго предварительнаго слѣдствія, если признаніе устнаго производства дѣлается фактомъ [3]).

Принимая во вниманіе полную зависимость суда отъ герихтсхерра и тѣ органическіе дефекты этого учрежденія, которые я указалъ выше, прочтеніе свидѣтельскихъ показаній начальника, а также безконечно большое число документовъ, опредѣленныхъ именемъ „заключеній", вытѣсняютъ совершенно значеніе элемента устности и дѣлаютъ положеніе подсудимаго прямо-таки безнадежнымъ. Краусъ по этому поводу говоритъ, что дисциплина должна оставаться въ строго ей отведенныхъ границахъ и не можетъ распространяться на нарушеніе такого основного начала современнаго процесса, какъ устность, «которая одна въ связи съ судомъ шеффеновъ оказалась драгоцѣннымъ пріобрѣтеніемъ юстиціи» [4]). Отсутствіе у суда возможности противопоставленія какой либо поправки такимъ заключеніямъ начальства и господство письменности, какъ разъ

---

[1]) Боте давно еще указывалъ на полное несоотвѣтствіе началу устности и непосредственности даже чтенія какихъ бы то ни было свидѣтельскихъ показаній на судѣ. Онъ указывалъ, что перенесеніе центра тяжести судопроизводства изъ главнаго судебнаго слѣдствія въ предварительное совершенно не логично и не соотвѣтствуетъ духу предварительнаго слѣдствія, требующаго только уясненія преступленія въ главныхъ признакахъ и предположенія виновнаго совершившимъ таковое. (Цит. соч. стр. 78).

[2]) Характерно разсужденіе объ этомъ выдающагося военнаго процессуалиста Крауса: «въ залѣ суда обвиняемый находитъ убѣжище, въ которомъ онъ можетъ вести защиту своего права». Цит. соч. 121.

[3]) Боте, цит. соч., стр. 78.

[4]) Цит. соч., S. 121.

по тѣмъ вопросамъ виновности, которые особенно чувствительно отзываются на участи подсудимаго, напримѣръ въ вопросѣ о чинопочитаніи, несомнѣнно устраняетъ всякую возможность признанія осуществленія началъ устности и непосредственности суда. Въ отношеніи остальныхъ статей устава можно ограничиться указаннымъ выше объ общемъ германскомъ судопроизводствѣ и болѣе подробнаго разбора не требуется.

Перехожу теперь къ постановленіямъ французскаго законодательства, ограждающимъ устность. Къ таковымъ относятся постановленія ст. 128 в. с. у., корреспондирующей съ ст. 318 у. у. с. и 324, 320, 329, 354 того же устава. Но всѣ эти положенія, какъ и все, что носитъ на себѣ отпечатокъ французскаго законодательства, стираются передъ ст. 125 в. с. у., которая уполномочиваетъ предсѣдателя на оглашеніе какихъ бы то ни было документовъ и на допросъ какихъ бы то ни было свидѣтелей, чѣмъ сбиваются сразу всѣ принципіальныя положенія процесса. Одинъ изъ виднѣйшихъ коментаторовъ французскаго в. с. у. [1]) Фуше коротко говоритъ объ этой власти предсѣдателя, не давая ей соотвѣтственной оцѣнки. Но достаточно вспомнить единодушные отзывы, которые мы слышимъ изъ устъ всѣхъ наблюдателей французской судебной жизни, или анализъ французской кассаціонной практики, чтобы убѣдиться, что одного параграфа ст. 125 довольно, чтобы признать устность во французскомъ кодексѣ не болѣе, какъ случайнымъ элементомъ, зависящимъ отъ единоличной власти предсѣдателя суда.

Но французскій уставъ знаетъ еще параграфъ 126, касающійся свидѣтельскихъ показаній. Названная статья категорически опредѣляетъ возможность прочтенія показаній всѣхъ неявившихся свидѣтелей, не вдаваясь въ оцѣнку законности явки и поводовъ къ прочтенію. Постановленія ст. 126 столь опредѣленны, что не вызываютъ никакихъ недоумѣній и потому изъ нихъ совершенно ясно, что достаточно свидѣтелю не явиться, какъ показанія его не только могутъ быть прочитаны, но изъ буквальнаго смысла статьи выходитъ, что должны быть прочитаны, каковы бы ни были причины неявки. Французскіе коментаторы и высказываются за такое толкованіе статьи 126 [2]). Постановленіе § 126, указывающаго на право суда къ опредѣленію прочитыванія показаній неявившихся свидѣтелей, является удивительно противорѣчивымъ при сравненіи его съ § 125 в. с. у. и постановленія ст. 322 и 323 у. у. суд. въ томъ освѣщеніи, которое имъ сообщаетъ кассаціонная практика. Я говорилъ уже выше, во что превращаетъ дискреціонная власть предсѣдателя право допроса свидѣтелей, и если прибавить, что любое показаніе неявившагося свидѣтеля можетъ быть прочтено отъ имени предсѣдателя, опирающагося на дискреціонныя полномочія, даваемыя ему 125 ст., то станетъ возможнымъ полагать начало устности устраненнымъ изъ французскаго военно-судебнаго устава. Въ отношеніи устности слѣдуетъ отмѣтить совершенную непослѣдовательность, проводимую уставомъ при сопоставленіи центральной въ отношеніи къ устности ст. 317 и связанной съ нею 318 у. у. с. и 127 ст. у. в. с. Послѣ торжественнаго провозглашенія устности, ст. 318 предписываетъ предсѣдателю отмѣчать въ протоколѣ всѣ измѣненія и уклоненія устныхъ показаній свидѣтелей отъ данныхъ на предварительномъ слѣдствіи, а ст. 127 в. с. у. совершенно терроризуетъ свидѣтелей угрозой немедленной кары за ложныя показанія. Если припомнить, что 2-я часть ст. 318 у. у. с. предоставляетъ право прокурору обращать вниманіе предсѣдателя на различіе свидѣтельскихъ показаній въ отношеніи къ отобраннымъ отъ нихъ ранѣе, то станетъ очевиднымъ, что свидѣтели и судъ окажутся подъ непрестаннымъ давленіемъ предварительнаго производства, чего устность, какъ извѣстно, и стремится избѣжать.

---

[1]) Стр. 358 цит. соч.

[2]) Foucher, стр. 362.

Идя далѣе, слѣдуетъ указать на постановленія ст. 121 в. с. у., которая, въ связи съ ст. 125, совершенно дискредитируетъ понятіе устнаго производства и фактически передаетъ на судебное слѣдствіе весь слѣдственный матеріалъ, какой найдетъ нужнымъ огласить предсѣдатель. Приведенныя положенія достаточно характеризуютъ французскій в. с. кодексъ, причемъ опасность для гарантій подсудимаго возрастаетъ еще болѣе въ сравненіи съ общимъ процессомъ, если мы вспомнимъ объ отсутствіи спеціально-юридическаго элемента въ коллегіальномъ составѣ французскаго военнаго суда. Дискреціонная власть предсѣдателя не найдетъ себѣ сдержки ни въ изощренномъ долгой судебной практикой умѣ спеціалиста, ни въ противодѣйствіи, оказываемомъ его сочленами на основаніи глубокихъ вліяній научной доктрины. Дѣло Дрейфуса дало такія изумительныя отступленія отъ основныхъ началъ судебной дѣятельности, что сказанныя теоретическія соображенія можно считать обоснованными на фактахъ. Въ отношеніи непосредственности къ подсудимому, слѣдуетъ отмѣнить ст. 327 у. у. с., корреспондирующую съ ст. 128 у. в. с. и 119 того же кодекса. Въ отношеніи первой, слѣдуетъ сказать то же, что я говорилъ выше о соотвѣтствіи постановленій германскаго в. с. у., а вторая отмѣчаетъ совершенно правильныя уклоненія, которыя необходимо дѣлать въ интересахъ огражденія правосудія отъ безполезныхъ перерывовъ. Въ доктринѣ [1]) указывается на необходимость осторожнаго пользованія предсѣдателемъ своими правами, причемъ Фуше высказываетъ мысль, что предсѣдатель не можетъ прибѣгнуть къ удаленію подсудимаго, если онъ передъ этимъ не обнаружилъ буйства и дерзости къ суду и если онъ не получилъ предупредительнаго отъ него замѣчанія. Мнѣ кажется, что эти соображенія знаменитаго коментатора французскаго судебнаго устава заслуживаютъ полнаго признанія по слѣдующимъ соображеніямъ. Законъ, который въ нѣкоторыхъ случаяхъ говоритъ совершенно опредѣленно о необходимости произведенія извѣстныхъ дѣйствій [2]), тутъ указываетъ только на возможность прибѣгнуть къ нимъ предсѣдателю („можетъ"). Затѣмъ, кромѣ того, нельзя не признать общаго стремленія законодательства имѣть на судѣ обезпеченное присутствіе подсудимаго § 118 и 130 в. с. у. и 319 у. у. с., а равно и вообще на господствующее въ наше время въ процессѣ стремленіе имѣть личность подсудимаго въ сферѣ непосредственнаго воздѣйствія суда. Изложеннаго, я полагаю, достаточно, чтобы судить объ общемъ характерѣ кодекса, онъ въ значительной мѣрѣ тотъ же, что и указанный мною выше кодексъ общеуголовный и, какъ я сказалъ, положеніе только ухудшается, и очень значительно, отсутствіемъ юридическаго элемента, который помогалъ бы устраненію ошибокъ, возникающихъ изъ присущихъ законодательству несовершенствъ.

Переходя къ понятію непрерывности, слѣдуетъ отмѣтить, что оно соблюдается въ иностранныхъ законодательствахъ значительно полнѣе, нежели непосредственность и подчиненная ей устность. Понятіе непрерывности, значеніе котораго было выяснено ранѣе, имѣетъ едва-ли не большее значеніе для военныхъ судовъ, гдѣ часто появленіе дѣлъ, основанныхъ на самыхъ тонкихъ подробностяхъ человѣческаго поведенія, различеніе которыхъ особенно затруднительно, гдѣ часто самый мелочный фактъ, указывающій на дерзкое отношеніе къ начальнику, влечетъ за собою очень суровыя послѣдствія для подсудимаго. Всѣ дѣла о нарушеніи подчиненности и чинопочитанія, нарушеніи нѣкоторыхъ обязанностей караульной службы, особенности, сопровождающія добѣгъ, все это часто составляетъ душу иного военно-судебнаго дѣла и потому для созданія внутренняго убѣжденія судей особенно энергично взываютъ къ точности запоминанія судей и требуютъ ограниченія ихъ свѣдѣній по дѣлу предѣлами судебнаго слѣдствія. Стоитъ вспомнить, какую роль играетъ въ военной средѣ аттестатъ начальства своимъ подчи-

---

[1]) Foucher, стр. 340—342.

[2]) Напр., ст. 126 о чтеніи свидѣтельскихъ показаній.

неннымъ, чтобы понять, что для военно-судебнаго законодательства поддержаніе и логическое проведеніе начала непрерывности должно имѣть особенно важное значеніе.

Начало непрерывности установлено 273 и 176 статьями герм. в. с. у. и ограниченія въ отношеніи ея, находящіяся въ ст. 298, совершенно необходимы. Слѣдуетъ указать на другое обстоятельство, характерное для всего германскаго в. с. у., это внѣшняя лишь забота о неприкосновенности личности подсудимаго. Таковы ст. 275 и 277 того же устава. Первая, напримѣръ, ставитъ право подсудимаго требовать отсрочки производства въ случаяхъ неявки защитника въ зависимость отъ обязательнаго назначенія послѣдняго по закону. Тутъ очевидное противорѣчіе; допуская защиту, какъ полноправнаго участника борьбы сторонъ, независимо отъ важности дѣла, невозможно, не впадая въ органическое несогласіе съ самимъ собою, ограничивать право подсудимаго на установленіе перерывовъ обстоятельствами важности дѣянія.

Это тѣмъ болѣе замѣчательно, что наиболѣе извѣстные процессуалисты какъ разъ обратили на это обстоятельство вниманіе, находя постановленія даже общаго законодательства совершенно ненормальными [1]).

Въ современномъ государствѣ, какъ неоднократно говорилось, высокое значеніе личности и ея гарантій дѣлаютъ для него равно великимъ самомалѣйшее нарушеніе ея правъ, въ защиту которыхъ государство и выступаетъ во всеоружіи своего судебнаго аппарата. Вотъ почему постановленія ст. 275 совершенно не соотвѣтствуютъ духу современнаго законодательства и могутъ быть отнесены къ числу тѣхъ многочисленныхъ дефектовъ германскаго в. с. у., которые обусловлены самой исторіей его рожденія въ свѣтъ. Еще болѣе неудачна въ смыслѣ гарантій личности ст. 277, ставящая возможность ареста подсудимаго, находящагося на свободѣ въ случаѣ отсрочки, безъ опредѣленія причинъ, его вызвавшихъ. Неявка свидѣтелей со стороны обвинителя, которая можетъ повлечь за собой, какъ общее правило, оправдательный приговоръ (особенно это характерно для англійскаго процесса), тутъ оказывается совершенно обратной по дѣйствію на судьбу подсудимаго. Отсутствіе всякаго съ его стороны препятствія продолженію судебнаго засѣданія можетъ лишить его блага пользованія свободой, передъ этимъ признанной за нимъ судомъ. Пренебреженіе къ личности подсудимаго здѣсь совершенно очевидно и потому меньше всего заслуживаетъ подражанія.

Во Франціи непрерывность производства в. с. у. ограждаетъ ст. 129 [2]). Судя по величинѣ сроковъ, требующихъ по своемъ истеченіи возобновленія производства, сокращенныхъ во французскомъ уставѣ до 48 часовъ, т. е. ровно вдвое противъ германскаго, можно предполагать, что тамъ это начало непрерывности даже болѣе цѣнится, чѣмъ у германцевъ. Это обстоятельство подтверждается при разсмотрѣніи статьи 354 у. у. с., на которую ссылается в. с. у., гдѣ отсрочка дѣла возможна лишь при наличности требованія прокурора, послѣдовавшаго до допроса, или внесенныхъ въ списокъ свидѣтелей. Это обстоятельство уже подтверждается вполнѣ опредѣленно ст. 355 и, такимъ образомъ, едва ли не во всемъ французскомъ кодексѣ это начало оказывается въ должной мѣрѣ теоретически охраненнымъ, сближаясь въ этомъ только единственномъ пунктѣ съ англійскимъ образцомъ. Можно только отмѣтить, что и здѣсь первородный грѣхъ французскаго процессуальнаго законодательства—дискреціонная власть президента, оказывается угрозой сохраненію начала непрерывности. По смыслу закона, подтвержденному и научными изслѣдованіями [3]), и кассаціонной практикой, право предсѣдателя оказывается безконтрольнымъ въ случаѣ установленія перерывовъ на срокъ не болѣе 48 часовъ. А если вспомнить, что ему же принадлежитъ право дѣлать вызовъ свидѣте-

---

[1]) Объ этомъ напримѣръ Глязеръ, стр. 494, 495 цит. соч.

[2]) О непрерывн. см. Foucher, p. 383, и Fodere, p. 219.

[3]) См. коммент. Pradier Fodere, p. 219.

лей, даже не сообщая объ этомъ сторонамъ (по касс. практикѣ), то можно установить наличность полнаго права предсѣдателя пользоваться слишкомъ широко своимъ правомъ перерывовъ, что несомнѣнно отзовется нарушеніемъ цѣльности впечатлѣнія и яркости воспріятій изслѣдующаго дѣло суда.

Обращаясь къ разсмотрѣнію постановленія нашего законодательства, необходимо отмѣтить, что въ дѣлѣ охраненія начала устности, какъ и вообще въ проведеніи основныхъ началъ, оно стоитъ выше всѣхъ западно-европейскихъ военныхъ законодательствъ. Правда, введеніе защиты на предварительномъ слѣдствіи, во французскомъ военно-суд. уст., въ этомъ отношеніи, поставило его впереди даже и нашего военнаго законодательства, но по всѣмъ прочимъ видамъ судебной процедуры оно продолжаетъ сохранять благородное первенство, которое сообщила ему великая реформа 1867 года. Начало устности, отождествляемое съ непосредственностью, провозглашено въ немъ ст. 796 совершенно опредѣленно. Тѣмъ не менѣе, существуютъ недостаточно послѣдовательно проводимыя въ отношеніи къ основному принципу ограниченія и въ интересахъ возможно большаго приближенія нашего законодательства къ идеалу обвинительнаго суда ихъ необходимо отмѣтить. При этомъ, какъ и ранѣе, я буду пользоваться особенно драгоцѣннымъ матеріаломъ по пересмотру в. с. у. 1882—1885 гг., который даетъ массу совершенно доказательныхъ выводовъ для установленія правильнаго проведенія вышеуказанныхъ началъ. Прежде всего слѣдуетъ указать на ст. 812, опредѣляющую законность поводовъ неявки свидѣтелей, обосновывая ее разстояніемъ ихъ мѣстожительства отъ мѣста производства суда. Какъ видно, статья эта представляетъ крупное отступленіе отъ началъ, принятыхъ въ 642 ст. у. у. с., и имѣетъ интересную исторію. Въ ст. 21 проекта измѣненій в. с. у. 1867 г., главный военный прокуроръ впервые предлагалъ ограничить явку свидѣтелей къ суду по преступленіямъ 96—196 в. уст. о наказ. Въ объяснительной запискѣ по этому вопросу главный военный прокуроръ находилъ необходимымъ примѣненіе ограниченій „важнѣйшаго начала современнаго производства—устности“ въ отношеніи къ преступленіямъ, предусмотрѣннымъ ст. 96—196 в. у. о наказ., вслѣдствіе необходимости быстроты разсмотрѣнія, какъ требованія, которому подчинены всѣ другія [1]). Въ зависимости отъ этого ст. 35 проекта, въ измѣненіе ст. 727 в. с. у. 1867 г., предоставляетъ право суду въ отношеніи дѣлъ, разсматриваемыхъ по 96—196 ст. в. у. о наказ., прочитывать показанія свидѣтелей, не явившихся къ судебному разбирательству по причинамъ, указаннымъ въ 528 ст. в. с. у. 1867 г.

Признавая это существеннымъ ограниченіемъ устности, главный военный прокуроръ опять ссылался на требованія быстроты производства, обязательной въ интересахъ поддержанія дисциплины въ войскахъ. Эти соображенія проекта встрѣтили вѣскія возраженія среди наиболѣе видныхъ членовъ нашего судебнаго вѣдомства и высшаго строевого начальства. Генералъ-лейтенантъ Бобровскій доказывалъ, что безспорнымъ мотивомъ для вызова свидѣтеля въ дѣлахъ военно-уголовныхъ служитъ значеніе его показаній для выясненія обстоятельствъ дѣла, но никакъ не разстояніе его жительства отъ суда. Объясненіе этого обстоятельства необходимостью скораго производства не оправдываетъ, по мнѣнію генерала Бобровскаго, такого суженія устности, потому что по многимъ военнымъ дѣламъ возникаетъ опасность для подсудимаго лишенія всѣхъ правъ, по состоянію присвоенныхъ, и другихъ тяжелыхъ праволишеній. «Послѣднему поселянину законъ разрѣшаетъ пользоваться свободнымъ способомъ оправданія передъ уголовнымъ судомъ. Несправедливо, если тотъ же законъ въ мирное время откажетъ въ интересахъ скораго рѣшенія въ правѣ вызвать свидѣтелей, живущихъ на 101 верстѣ». Противъ такого ограниченія чисто механическимъ способомъ количественнаго счисленія разстоянія высказались и нѣкоторыя судебныя учрежденія. Въ виду затрудненій прак-

---

[1]) Объ этомъ записка главн. воен. прокурора № 13, стр. 11.

тическаго примѣненія этого правила къ дѣйствительности, Казанскій военно-окружной судъ, напримѣръ, указываетъ, что въ Казанскомъ военномъ округѣ всѣ губернскіе города отстоятъ на разстоянія, далеко превышающія 100 верстъ (по грунтовой дорогѣ), а значитъ введеніе этого правила въ законъ равносильно лишенію подсудимыхъ надлежащихъ средствъ защиты [1]).

Въ засѣданіяхъ Высочайше учрежденнаго комитета, подъ предсѣдательствомъ генералъ-лейтенанта Гурко, вопросъ этотъ снова подвергся обсужденію. Одинъ изъ членовъ комитета тайн. сов. Проворовъ указалъ на необходимость замѣны правилъ проекта абстрактнымъ понятіемъ отдаленности мѣста жительства, какъ это указано ст. 72 у. у. с. И иниціаторъ проектированнаго измѣненія, главный военный прокуроръ съ этимъ вполнѣ согласился. А затѣмъ въ засѣданіи 21 января 1884 г. коммисія, безъ всякихъ мотивовъ, сократила даже проектированное разстояніе въ 600 верстъ до 300 по желѣзной дорогѣ и 100 верстъ по всѣмъ прочимъ путямъ, и въ такомъ видѣ это ограниченіе устности попало въ уставъ.

Что касается перваго пункта статьи 812, то и здѣсь послѣдовали драгоцѣнныя указанія нашихъ судебныхъ практиковъ на опасность ея постановленія для охраненія началъ непосредственности и устности производства. Въ заключеніи Казанскаго военно-окружного суда, касательно этого вопроса, мы читаемъ: «самая возможность не высылки свидѣтелей въ судъ понимается и судьями, и военными начальниками разнообразно. На практикѣ часто случается, что начальникъ не высылаетъ въ судъ свидѣтелей въ виду предстоящаго смотра, ученья и т. п.». Въ виду этихъ соображеній Казанскій военно-окружной судъ предлагаетъ указать на такія обстоятельства, «какъ на происходящія лишь во время войны» [2]). На основаніи приведенныхъ выше данныхъ, мнѣ кажется, можно установить съ абсолютной правильностью, что появленіе 812 ст. в. с. устава сопровождалось весьма обстоятельнымъ выясненіемъ значенія вносимыхъ ею измѣненій въ дѣло отправленія правосудія. Лица, очень высоко стоящія въ нашей судебной іерархіи, высказывались категорически противъ нея, приведя рядъ теоретическихъ и практическихъ соображеній. Иниціаторъ проекта, главный военный прокуроръ, призналъ самъ доводы тайнаго совѣтника Проворова основательными и, такимъ образомъ, статья появилась въ законѣ при отсутствіи какихъ бы то ни было защитительныхъ доказательствъ. Къ изложенному выше можно прибавить не многое. Можно сказать, что ограничивая одно изъ важныхъ началъ современнаго намъ процесса, примѣненіе котораго, какъ я показалъ выше, особенно необходимо именно въ военномъ судѣ, необходимо имѣть въ виду какія-либо основательныя соображенія [3]). Статья 812, вводя чисто количественный признакъ въ дѣло, глубокаго внутренняго обоснованія не имѣетъ. Генералъ Бобровскій былъ глубоко правъ, когда указывалъ на это обстоятельство въ своихъ во многихъ отношеніяхъ очень интересныхъ замѣчаніяхъ на предполагаемыя измѣненія проекта. Признаніе законною неявки такихъ свидѣтелей грозитъ отсутствіемъ на судебномъ слѣдствіи наиболѣе важныхъ для установленія истины матеріаловъ, и потому неизбѣжное въ такихъ случаяхъ прочтеніе протоколовъ предварительнаго слѣдствія грозитъ существенными нарушеніями устному началу [4]).

Интересы правосудія совпадаютъ, какъ я показалъ, вполнѣ съ интересами поддержанія дисциплины, непреклонно требующей подчиненія себѣ всѣхъ остальныхъ соображеній жизни войска. Единственный аргументъ, выдвинутый въ этомъ, какъ и въ

---

[1]) Объ этомъ Свод. замѣч. на проект. измѣн. в. с. у. 1882 г., стр. 67.

[2]) Idem, стр. 104.

[3]) То, что касается 2-го пункта ст. 812, относится въ полной мѣрѣ и къ ст. 749.

[4]) При обсужденіи этой статьи проекта, командующій войсками Варшавскаго военнаго округа также находитъ, что ограничивать появленіе важныхъ свидѣтелей передъ судомъ разстояніемъ невозможно.

Сводъ замѣчаній, стр. 73.

другихъ случаяхъ ограниченія основныхъ принциповъ судопроизводства въ военно судебномъ законодательствѣ, сводится къ необходимости быстроты производства. Въ этомъ отношеніи умѣстно напомнить рядъ чудныхъ документовъ, сохранившихся въ матеріалахъ по пересмотру воен. суд. уст. 1867 г. Правда, они написаны по другому поводу, именно относительно общаго сокращенія судебныхъ сроковъ, предлагаемаго проектомъ въ отношеніи разбора дѣлъ, предусмотрѣнныхъ ст. 96—196 в. у. о наказ. Но соображенія, высказанныя въ этомъ отношеніи, такъ глубоко освѣщаютъ предметъ, что совершенно подходятъ ко всѣмъ вопроснымъ пунктамъ, возникающимъ при анализѣ разнорѣчій военно-судебнаго устава съ общимъ [1]). Командиръ 11-го армейскаго корпуса прямо высказался противъ какихъ бы то ни было измѣненій сроковъ проекта въ его цѣломъ. Командиры 8 и 15 корпусовъ не находили возможнымъ дѣлать отступленія отъ общихъ началъ, какъ разъ по наиболѣе важнымъ воинскимъ преступленіямъ. Наконецъ, командующій войсками Кіевскаго военнаго округа писалъ, что, принимая во вниманіе зависимость судебныхъ заключеній отъ поспѣшнаго, или не вполнѣ глубокаго и основательнаго изученія совершеннаго преступленія, онъ находитъ невозможнымъ сокращеніе сроковъ производства по наиболѣе важнымъ воинскимъ преступленіямъ [2]).

Приводя эти краснорѣчивыя цитаты, испытываешь чувство глубокой удовлетворенности. Онѣ показываютъ, какимъ высокимъ довѣріемъ пользуется въ арміи нашъ военный судъ и поразительно вѣрную оцѣнку вліянія правильнаго развитія и поддержанія правосудія для постановки дисциплины въ войскѣ. Признавъ необходимымъ для войска обладать судопроизводствомъ, вполнѣ соотвѣтствующимъ требованіямъ опыта исторіи и даннымъ науки, нельзя ссылаться на быстроту какъ на основаніе, которое можетъ совершенно разрушить понятіе о правильномъ судѣ. Вопросъ объ ускореніи правосудія вовсе не оригиналенъ. Онъ уже давно обсуждался въ отношеніи общей юстиціи и лучшіе криминалисты вынесли ему безпощадный приговоръ. «Defions nous d'ailleurs en matière de justice de la célérité: la justice pénal doit marcher sans repos, mais elle ne doit pas se hâter. Comment examiner en se hâtant? Comment jujer bien en jujeant vite? On supprime une forme qui rallentissait peut-être sa marche; mais si cette forme était utile à la liberté et la sûreté des citoyens ne valait-il pas mieux que se pas fassent un peu plus lent»? [3]).

---

[1]) Въ отношеніи ст. 5 проекта, долженствующей измѣнить 633 ст. в. с. у. 1867 г., военные судьи, Басковъ, Македонскій и Пацевичъ, писали: «если желательно, чтобы дѣла по чисто воинскимъ преступленіямъ разсматривались съ возможной скоростью, то представляется желательнымъ и безошибочный приговоръ, постановляемый по такимъ дѣламъ, въ виду особой важности правильной оцѣнки воинскихъ преступленій для самихъ войскъ. Не трудно показать, что имѣетъ большую важность, скорость или справедливость приговора. Искать средствъ возстановленія ослабленной дисциплины наложеніемъ на виновнаго быстраго и строгаго, но мало обдуманнаго наказанія значитъ то же самое, что прибѣгать къ употребленію сильно дѣйствующихъ веществъ при болѣзненномъ разстройствѣ организма. Если принять во вниманіе строгость наказанія, опредѣленнаго за чисто воинское преступленіе, которое, въ глазахъ гражданскихъ лицъ, имѣетъ лишь условно преступный характеръ, а также то, что, при всесословной воинской повинности, строгой карѣ военно-уголовныхъ законовъ можетъ подвергнуться каждый гражданинъ, то становится очевидно, что примѣненіе этой кары должно быть обставлено солидными гарантіями справедливости. (id. стр. 12). Сокращеніе же срока въ связи съ другими, предложенными проектомъ нововведеніями, очевидно лишитъ приговоръ по воинскимъ преступленіямъ той солидности, которая желательна именно для этихъ дѣлъ (id.). Къ этому прекрасному и глубокому отзыву можно прибавить аналогичныя соображенія, высказанныя прокурорскимъ надзоромъ Московскаго военно-окружнаго суда и нѣкоторыми другими судебными мѣстами. Замѣчательно, что и въ чисто строевой средѣ, среди лицъ высокаго положенія въ военной іерархіи, были высказаны вполнѣ опредѣленныя пожеланія не видѣть существенныхъ отступленій отъ началъ, принятыхъ въ судопроизводствѣ, какъ надежныхъ способовъ исканія истины».

[2]) Замѣч. къ запискѣ № 13 стр. 21.

[3]) Helie, t. V, p. 67.

Поэтому мнѣ кажется вполнѣ необходимымъ измѣненіе 2-й части ст. 812, примѣнительно къ постановленіямъ общаго судебнаго устава, а въ первой ея части—ограничить право военныхъ начальниковъ невысылки свидѣтелей лишь во время обстановки, соотвѣтствующей военному времени, какъ оно понимается закономъ. Примѣромъ такого толкованія закона можетъ служить рѣшеніе Главнаго Военнаго Суда 1877/151.

Еще одно слово по поводу 1 пункта 812 статьи. Положенія, въ немъ высказанныя, становятся въ коренное противорѣчіе съ самымъ назначеніемъ военнаго правосудія поддерживать и развивать дисциплину въ войскѣ, какъ она была указана составителями нашихъ судебныхъ уставовъ. Требованія логики неумолимо обязываютъ къ признанію особенной необходимости именно со стороны военнаго начальства поддерживать всѣми силами возможность для суда полнаго развитія присущей ему силы дѣятельности. Понятно, что всѣ остальные моменты жизни войска должны быть не болѣе какъ служебными въ отношеніи высшаго института укрѣпленія въ немъ воинскаго духа. Ясно, что единственнымъ ограничительнымъ условіемъ можетъ оказаться лишь война, какъ фактическая реализація всей идейной работы, скопленной въ мирное время, для которой судъ оказываетъ тѣмъ болѣе могучую помощь, чѣмъ болѣе онъ полноправенъ. Это обстоятельство не окажется и новшествомъ для нашего законодательства, ибо 483-я статья, касающаяся вызова свидѣтелей къ военному слѣдователю, устанавливаетъ законность причинъ неявки именно въ этомъ смыслѣ.

Слѣдующими весьма интересными статьями являются 797 и 798. Въ отношеніи къ постановленіямъ ст. 797 можно замѣтить то же, что сказано было выше относительно соотвѣтственныхъ опредѣленій у. у. с. Въ виду значительной близости положеній статей 797 и 812-й, я ограничусь указаніемъ на кассаціонную практику Главнаго Военнаго Суда въ толкованіи вопросовъ, съ нею связанныхъ. Главный Военный Судъ приравниваетъ къ дальней отлучкѣ неизвѣстность мѣста пребыванія неявившагося свидѣтеля, или неразысканіе его на указанномъ мѣстѣ, и во всѣхъ этихъ случаяхъ допускаетъ прочтеніе письменныхъ показаній. Таковъ цѣлый рядъ рѣшеній 1869/41, 1871/235, 1872/41 и 120; 1874/5, 1888/127, 1886/27, 1899/9, 1870/130 и 173, 1872/229. Тутъ нужно отмѣтить разницу въ практикѣ нашихъ высшихъ судебныхъ учрежденій, Главнаго Военнаго Суда и Сената. Сенатъ еще въ 1868/698 разъяснялъ, что неуказаніе мѣста жительства свидѣтеля не можетъ служить поводомъ къ отказу въ его вызовѣ. И еще болѣе интересны указанія въ этомъ отношеніи военно-судебной практики. Кіевскій прокурорскій надзоръ, напримѣръ, на основаніи долгаго опыта, пришелъ къ убѣжденію, что обязывать къ точному указанію мѣста жительства свидѣтелей едва ли возможно. Онъ приводитъ рядъ примѣровъ въ родѣ того, что полкъ указывается, а рота нѣтъ, а она какъ разъ можетъ находиться въ отдѣлѣ, и затѣмъ, на основаніи практики, приходитъ къ выводамъ, что большею частью свидѣтели, очень не ясно указанные, являются къ производству [1]). Наконецъ, свободная замѣна появленія такихъ лицъ передъ судомъ чтеніемъ ихъ свидѣтельскихъ показаній можетъ соблазнять полицію къ недостаточному рвенію въ отысканіи ихъ по адресамъ, не совсѣмъ точнымъ. На это обстоятельство очень вѣрно указывалъ Казанскій военно-окружной судъ, въ своихъ замѣчаніяхъ на положенія проекта. Въ отношеніи болѣзненнаго состоянія также слѣдуетъ указать, что, вопреки доводамъ доктрины (объ этомъ выше), Главный Военный Судъ признаетъ основаніемъ къ прочтенію показаній и болѣзнь хотя бы кратковременнаго характера (1873/10, 1875/106). Въ этомъ отношеніи, Главный Военный Судъ въ своей практикѣ недостаточно послѣдователенъ. Онъ, напримѣръ, не признаетъ основаніемъ къ прочтенію показаній свидѣтелей, не явившихся по случаю морозовъ и т. п. причинъ 1874/108. Легко видѣть, что сущность дѣла здѣсь совер-

---

[1]) Сводъ замѣч., стр. 70—71.

шенно одна и та же. Нарушеніе устности производства не менѣе при наличности болѣзни легкаго характера и, принимая во вниманіе высказываемую заботу огражденія этого основного начала обвинительнаго суда, слѣдуетъ признать болѣе соотвѣтствующимъ духу устава и постановленію ст. 796-й признаніе только продолжительной болѣзни основаніемъ устраненія свидѣтельскихъ показаній изъ производства.

Въ отношеніи статьи 798 можно повторить лишь сказанное при разборѣ ст. 627-й у. у. с. Здѣсь слѣдуетъ только прибавить особенную желательность избѣжать этого отступленія отъ существа устности и непосредственности, именно въ военномъ процессѣ. Полагая достаточно установленной необходимость возможно большаго поддержанія вѣры войска въ справедливость приговоровъ суда и цѣлесообразность средствъ, примѣняемыхъ имъ къ раскрытію истины, считая доказанной необходимость непосредственности, считая доводы, приведенные мною вполнѣ убѣдительными въ пользу названныхъ началъ, въ интересахъ расширенія солидарной связи войска, я попытаюсь привести здѣсь положенія, касающіяся спеціально нашей военной обстановки [1]).

Принимая во вниманіе глубокую темноту нашего солдата, присущую ему робость и застѣнчивость, наблюдаемую въ торжественной обстановкѣ суда, легко видѣть, что такой свидѣтель очень легко впадаетъ въ противорѣчіе съ самимъ собою, не только въ отношеніи къ прежде даннымъ показаніямъ, но и къ произнесеннымъ въ залѣ суда, отвѣчая различно на постановленные защитникомъ и прокуроромъ вопросы. Чтеніе протокола предварительнаго слѣдствія не освѣтитъ, а напротивъ запутаетъ обстоятельства дѣла и поселитъ еще большее смятеніе въ головѣ такого темнаго и робѣющаго человѣка. На это обстоятельство давно уже обратила вниманіе наша судебная практика. Въ замѣчаніи на ст. 75-ю проекта объ этомъ совершенно одинаково высказались военно-окружные суды Московскаго, Казанскаго и Варшавскаго округовъ [2]). Неуловимое множество впечатлѣній, намековъ, признаковъ, связанное часто съ рѣшеніемъ важныхъ вопросовъ нарушенія воинской подчиненности, могутъ быть уясненными лишь обстановкой судебнаго слѣдствія. Для этой цѣли приспособленъ весь его аппаратъ и болѣе всего благородное оружіе современнаго суда, состязательность сторонъ, борящихся за право. При отсутствіи у насъ защиты на предварительномъ слѣдствіи, очень часто протоколы его будутъ односторонни и упоминаніе показаній совершенно не владѣющаго языкомъ свидѣтеля можетъ совершенно сбить его съ толку. Едва ли не самая блестящая защита устности и непосредственности суда содержится въ запискѣ главнаго военнаго прокурора, касающейся предполагаемой реформы в. суд. уст. 1882 г. [3]).

---

[1]) См. великолѣпныя страницы о значеніи солидарности у Дюгюи, цит. соч., томъ I, стр. 48—79.

[2]) Замѣч. къ ст. 75 проекта, стр. 194, 205.

[3]) «Признавая устность краеугольнымъ камнемъ дѣйствующаго процесса, законъ послѣдовательно требуетъ, чтобы каждое показаніе было изложено свидѣтелемъ лично, на судѣ, ибо письменныя показанія свидѣтеля на предварительномъ слѣдствіи вовсе не имѣютъ въ виду исчерпать его сущность. При этомъ необходимо замѣтить, что установленные закономъ пріемы судебнаго слѣдствія, приложенные къ свидѣтельскимъ показаніямъ, являются лучшимъ средствомъ разъяснить показанія и единственный способъ повѣрки его правильности можетъ достигнуть своей цѣли исключительно при личномъ допросѣ свидѣтеля на судѣ. Письменное показаніе ставитъ судъ въ зависимость отъ слѣдователя, раскрывающаго передъ нимъ только тѣ стороны показанія, которыя слѣдователь отмѣтилъ въ протоколѣ. Вообще при сужденіи вопросовъ объ изъятіяхъ изъ устнаго порядка производства, слѣдуетъ всегда имѣть въ виду неизмѣримую разницу, существующую въ задачахъ слѣдователя въ письменномъ процессѣ и устномъ. Въ первомъ случаѣ слѣдователь составляетъ въ производствѣ все, что является душою производства. Слѣдствіе считается достаточнымъ въ томъ случаѣ, если даетъ полную достовѣрность, необходимую для постановленія приговоровъ по актамъ производства. Это законченное во всѣхъ частяхъ дѣло, по которому суду остается лишь примѣнить законъ и написать приговоръ. По характеру нынѣшняго процесса задачи слѣдователя другія. Его производство есть брульонъ, летучій набросокъ дѣла въ простыхъ грубыхъ чертахъ, дающій лишь одну вѣроятность обвиненія, достаточный для разрѣшенія вопроса о преданіи или непреданіи суду, но совсѣмъ не годный

Поэтому устность признается величайшимъ началомъ современнаго суда, ничѣмъ другимъ не замѣнимымъ [1]). Мысли, приведенныя въ этой цитатѣ, вполнѣ приложимы и ко всѣмъ попыткамъ проконтролировать судебное слѣдствіе предварительнымъ производствомъ, и потому даютъ мнѣ право считать, что и съ оффиціальной стороны проведеніе началъ устности возможно полное не встрѣчаетъ разногласій. Поэтому я полагаю возможнымъ установить, что съ устраненіемъ ст. 798-й изъ нашего устава военно-судебнаго, судъ, а значитъ и дисциплина въ войскѣ только выиграютъ.

Наконецъ, оригинальной особенностью в. с. у. является ст. 842-я и связанная съ нею ст. 750-я. Послѣдняя имѣетъ свою исторію, которая очень поучительна. Примѣчаніе къ статьѣ 769-й устава 1867 г. замѣнило вызовъ въ судебное засѣданіе начальниковъ по дѣламъ, предусмотрѣннымъ 96—99 ст. ст. в. у. о нак., прочтеніемъ на судѣ ихъ письменныхъ показаній. За 14-лѣтній промежутокъ судебная практика выяснила громадныя трудности, связанныя для судовъ съ нарушеніемъ коренного начала непосредственнаго и устнаго производства. Попытки ограничить кругъ лицъ, не подлежащихъ вызову, не улучшили дѣла и, наконецъ, въ запискѣ главнаго военнаго прокурора было оффиціально признано необходимымъ измѣнить существовавшій порядокъ. Эти измѣненія и вошли въ нынѣ дѣйствующую 750-ю ст. в. с. у. Я полагаю, что самая исторія возникновенія ст. 750-й показываетъ неизбѣжность логическаго проведенія ея постановленій до конца. Если сама жизнь вынудила особую необходимость приближенія къ испытанному средству отысканія истины—непосредственному допросу свидѣтелей, то еще болѣе подтверждается необходимость обязательнаго вызова въ судъ потерпѣвшаго оскорбленіе начальника, или старшаго, а не по исключенію, какъ это значится въ ст. 750. Особенность тѣхъ преступленій для которыхъ созданы положенія ст. 750-й, влечетъ за собой обязательность ея распространенія на всѣ случаи судопроизводства. Нарушенія подчиненности и чинопочитанія, зависящія часто отъ изумительно тонкихъ отличій во внѣшнемъ поведеніи военно-служащихъ, нерѣдко могутъ вызвать предположеніе въ начальникѣ объ оскорбительномъ для него дѣйствіи, котораго не было на самомъ дѣлѣ. При столкновеніи съ подчиненнымъ, въ случаѣ обостренія частныхъ отношеній, возможна со стороны перваго слишкомъ большая подозрительность, опасная для правильной постановки дѣла. Неся въ своемъ сознаніи громадную отвѣтственность за общую дисциплинированность воли подчиненныхъ, обладая, такъ сказать, потенціальной энергіей приказанія, могущей въ важнѣйшихъ случаяхъ воинской жизни бросить личность подчиненнаго навстрѣчу опасности и смерти, онъ можетъ увлечься, на своей высотѣ, сознаніемъ огромныхъ полномочій. Изложеніе обстоятельствъ дѣла въ его письменномъ показаніи можетъ явиться для суда вполнѣ доказательнымъ, не имѣя этого на самомъ дѣлѣ. Если судъ на этомъ основаніи произнесетъ суровый приговоръ, долженствующій охранить дисциплину, вслѣдствіе указанныхъ причинъ можетъ быть лишь подрывъ ея въ войскѣ. Я показалъ выше, что дисциплина основывается, между прочимъ, на чувствѣ солидарности и довѣріи подчиненныхъ къ начальнику [2]). Исторія великихъ побѣдъ часто есть не болѣе какъ высшее рѣшеніе проблемы довѣрія солдата къ своему вождю. Титъ Ливій этимъ объяснялъ изумительные успѣхи Аннибалла. Замѣчательный случай съ Тюреннемъ въ 1672 г., приводимый Смайльсомъ [3]),

---

для постановленія приговора. Способы провѣрки правильности свидѣтельскихъ показаній весьма ограничены и судьѣ ежедневно приходится искать источника своего убѣжденія въ правдивости или лживости свидѣтеля въ такихъ неуловимыхъ данныхъ, какъ лицо, манеры свидѣтеля, тонъ его голоса, способъ его выраженій и т. п.».

[1]) Зап. № 13, стр. 21, 22.

[2]) Объ этомъ Lazarus von Schvendi—Kriegs discours, S. 149. Dura Lasalle p. 53. (О званіи генерала) Де Пикъ; Лямиро цит. соч., стр. 28; Михневичъ—Ист. воен. иск., стр. 84.

[3]) Долгъ, стр. 202.

доказываетъ то же самое. А между тѣмъ, одинъ несправедливый поступокъ военоначальника, покрытый авторитетомъ неправильнаго приговора, можетъ повлечь за собой непоправимый вредъ, нарушивъ довѣріе солдата къ своему вождю, что подрываетъ дисциплину въ самой ея основѣ.

Чрезвычайно интересны въ этомъ отношеніи соображенія, приведенныя въ запискѣ главнаго военнаго прокурора 1882 г.: «устраненіе личнаго допроса начальника, потерпѣвшаго отъ подчиненнаго оскорбленіе, введенное закономъ 6 марта 1869 г., представляетъ намъ примѣръ того, какъ опасно въ судопроизводственномъ смыслѣ руководиться односторонними требованіями дисциплины безъ принятія въ соображеніе требованій процесса. Ни въ одной категоріи дѣлъ показанія потерпѣвшаго не имѣютъ такой важности, какъ въ дѣлахъ о нарушеніи подчиненности и чинопочитанія. Означенныя преступленія отличаются между собой почти неуловимыми чертами. Произнесеніе слова, въ сущности вполнѣ приличнаго, можетъ оказаться неуваженіемъ, или даже оскорбленіемъ, по тону голоса, обстановкѣ и т. д. Затрудненія суда достигаютъ апогея, когда преступленіе совершается съ глазу на глазъ, или когда письменное показаніе потерпѣвшаго носитъ на себѣ признаки раздраженія или пристрастія, или же потерпѣвшій былъ въ нетрезвомъ видѣ» [1]).

Эти слова вполнѣ примѣнимы и къ постановленіямъ ст. 842. Присутствіе начальника потерпѣвшаго можетъ оказать совсѣмъ обратное вліяніе, чѣмъ то, которое предполагаетъ законъ. Опасеніе неодобренія начальства за бездѣйствіе власти, или слабость ея примѣненія, стремленіе обезопасить себя отъ нареканій, можетъ вызвать въ потерпѣвшемъ склонность, для него самого незамѣтную, растѣнять событіе особенно темными штрихами. Волнуясь, раздражаясь, спѣша выйти изъ непріятнаго положенія, онъ можетъ мало вникать въ подробности, заботясь, болѣе всего, о цѣломъ впечатлѣніи, провѣряя свои воспоминанія не согласованностью ихъ съ дѣйствительной обстановкой, а съ идеей возмездія, которое, по его мнѣнію, будетъ требовать оскорбленный авторитетъ. И вотъ единственная корректура такихъ показаній, присутствіе свидѣтелей, часто товарищей потерпѣвшаго, а также наличность подсудимаго, оказывается устраненной. Лица эти уходятъ изъ залы суда и, когда возвращаются обратно, судъ оказывается совершенно подготовленнымъ къ воспріятію односторонней окраски факта и недовѣрчиво настроеннымъ въ отношеніи къ подсудимому.

Эти обстоятельства были въ свое время въ виду у нѣкоторыхъ видныхъ членовъ коммисіи по пересмотру военно-судебнаго устава и, напримѣръ, генералъ Слуцкій высказался противъ 49-й статьи проекта, впослѣдствіи вошедшей въ 842-ю ст. дѣйствующаго военно-судебнаго устава. «Дисциплина не можетъ пострадать, говорилъ онъ, отъ того, что младшій, на очной сводкѣ со старшимъ, будетъ выяснять положеніе обстоятельствъ дѣла, но правосудіе отъ этого несомнѣнно выиграетъ». А потому онъ требовалъ полнаго исключенія ст. 49-й. Что касается нашей кассаціонной практики, то въ этомъ отношеніи она стоитъ на совершенно правильной почвѣ, отказываясь признавать принципіальное значеніе за положеніями 842 статьи. Въ цѣломъ рядѣ рѣшеній Г. В. С. призналъ, что нарушенія требованій ст. 842-й ничѣмъ не отражаются на сущности приговоровъ и не составляютъ повода къ кассаціи; таковы рѣшенія 1883/137, 1890/95 и др. На основаніи изложеннаго, я прихожу къ выводу, что въ цѣляхъ возможно полнаго приближенія къ обвинительнымъ началамъ нашего военнаго суда, слѣдуетъ положенія ст. 842 изъ законодательства исключить. Закончивъ анализъ понятія непосредственности и его постановки въ нашемъ военно-судебномъ законодательствѣ, я полагаю необходимымъ привести еще одинъ очень важный аргументъ въ пользу возможно большаго сближенія правилъ нашего в. с. у. съ общимъ

---

[1]) Зап. № 13, стр. 26.

процессуальнымъ закономъ страны. На основаніи ст. 1250 и 1251 у. у. с., связанныхъ органически съ 1269 и 1270 в. с. у., разсмотрѣніе дѣлъ дисциплинарнаго характера можетъ оказаться и въ судахъ гражданскихъ, дѣйствующихъ на основаніи у. у. с., и обратно, въ судахъ военныхъ. Нелогичность возможности различныхъ приговоровъ, а слѣдовательно вліянія ихъ на судьбу подсудимыхъ, обвиняемыхъ въ однихъ и тѣхъ же преступленіяхъ, нарушающихъ единый государственный порядокъ, вслѣдствіе различія въ способахъ оцѣнки данныхъ судебнаго слѣдствія, слишкомъ очевидна, чтобы нуждаться въ дальнѣйшихъ доказательствахъ. На это обстоятельство и указываетъ главный военно-морской прокуроръ въ отзывѣ 1884 г. № 580. Что касается положенія подсудимаго въ нашемъ в. с. у., то нормы, опредѣляющія его, заслуживаютъ самаго глубокаго преклоненія передъ научностью и гуманностью мысли составителей устава. Положенія ст. 825 въ связи съ 783 ст. нашего в. с. у. и дѣятельность нашей кассаціонной практики въ этомъ отношеніи составляютъ благороднѣйшую самобытность нашего в. суд. законодательства и ставятъ его впереди законодательствъ всѣхъ европейскихъ государствъ.

Сводя все сказанное выше о непосредственности, я полагаю возможнымъ установить, какъ доказанное, необходимость вполнѣ послѣдовательнаго проведенія началъ обвинительнаго суда, примѣнительно къ уже имѣющемуся образцу, въ лицѣ англійскаго процессуальнаго права. Поэтому я полагаю возможнымъ утверждать, какъ необходимость, устраненіе изъ судебнаго слѣдствія какихъ бы то ни было посредствующихъ источниковъ освѣдомленія суда, за исключеніемъ такихъ автоматическихъ воспроизведеній обстановки прошедшаго дѣянія, которыя, въ силу своего устройства, обезпечиваютъ столь вѣрное описаніе событія, какого не сможетъ дать ни одинъ свидѣтель. Я полагаю возможнымъ также утверждать, что логическое проведеніе, разъ признаннаго, значенія началъ устности и непосредственности для возможно полнаго совершенства суда обязываетъ насъ къ осуществленію этого начала въ полной мѣрѣ, тѣмъ болѣе, что въ мірѣ имѣется уже одна изъ самыхъ культурныхъ націй, въ теченіе вѣковъ испытавшая у себя его примѣненіе, при чемъ вѣковая исторія только оправдала такую постановку суда. Единственнымъ исключеніемъ, не нарушающимъ ко вреду правосудія вышеупомянутыхъ началъ, помимо описанныхъ выше способовъ изслѣдованія, является прочтеніе такихъ протоколовъ предварительнаго слѣдствія, въ которыхъ слѣдователь описываетъ результатъ своей дѣятельности, выражая тѣ воспріятія физическихъ фактовъ обстановки преступленія, которыя не могутъ быть провѣрены вслѣдствіе измѣненія въ самомъ предметѣ. Таковы будутъ напр. описанія комнаты, гдѣ найденъ трупъ, положеніе его въ ней, величина слѣдовъ на снѣгу, внѣшній видъ трупа и т. п.

Что касается положенія, занимаемаго нашимъ процессомъ въ отношеніи понятія непрерывности производства, то здѣсь онъ вполнѣ удовлетворяетъ требованіямъ науки. Начала непрерывности устанавливаются 804 ст., а ограниченія его наиболѣе существенны въ ст. 805 и 810 в. с. у. При анализѣ ст. 805 и 810 съ несомнѣнностью вытекаетъ, что ограниченія, которыя въ нихъ содержатся, не составляютъ нарушенія начала непрерывности, главнѣйшія требованія которой заключаются въ отсутствіи какихъ бы то ни было промежуточныхъ вліяній, ослабляющихъ силу памятныхъ впечатлѣній суда, или вносящихъ въ сознаніе судей факты, не бывшіе въ виду судебнаго слѣдствія. Статья 805, въ виду важности для цѣлости внутренняго убѣжденія судей соблюденія вышеупомянутаго начала, предоставляетъ право созданія необходимыхъ изъятій лишь усмотрѣнію суда. Та же статья далѣе предоставляетъ право членамъ суда возобновлять всецѣло судебное слѣдствіе, или нѣкоторыя его дѣйствія съ самаго начала. Я полагаю, что начала непрерывности были бы лучше ранены противъ случайныхъ отклоненій практики, если бы, подобно французскому и герман-

скому уставамъ, въ нашемъ законодательствѣ былъ бы указанъ максимальный срокъ перерыва, послѣ котораго производство должно быть возобновлено сначала. Наша кассаціонная практика въ этомъ отношеніи сдѣлала уже нѣкоторые шаги, указавъ, что установленіе продолжительныхъ перерывовъ не отвѣчаетъ мысли законодательства, изложенной въ ст. 804, и составляетъ явленіе нежелательное (1891/29). Въ отношеніи развитія положеній 805 ст. можно сказать, что она, въ общемъ, совершенно послѣдовательно охраняетъ право суда—быть единственнымъ распорядителемъ въ рѣшеніи важныхъ вопросовъ процесса. Но въ этомъ отношеніи есть нѣкоторыя колебанія, которыя нуждаются въ разборѣ. Въ рѣшеніи 1892/61 Главный Военный Судъ указалъ, что пріостановка засѣданій для допроса подъ присягой не спрошенныхъ на предварительномъ слѣдствіи свидѣтелей, безъ просьбы о томъ сторонъ, составляетъ поводъ къ отмѣнѣ приговора. Мнѣ думается, что это рѣшеніе не совсѣмъ правильно. Прежде всего, по буквальному толкованію ст. 805, суду предоставляется дискреціонное право пріостанавливать судебное слѣдствіе для собранія дополнительныхъ свѣдѣній, безъ упоминанія въ ней о какихъ либо правахъ сторонъ участвовать въ его рѣшеніи по этому вопросу. Г. В. С. призналъ это въ цѣломъ рядѣ рѣшеній 1871/73, 1876/75, 1905/5. Мало этого, въ рѣшеніи 1895/56 Г. В. С. призналъ право суда на собираніе дополнительныхъ свѣдѣній, во всемъ объемѣ требованій обстановки судебнаго слѣдствія, за исключеніемъ случаевъ, указанныхъ въ ст. 723, 724, 832 и 895 Въ рѣшеніяхъ 1882/122, 1886/165, 1901/10 и др. Г. В. С. разъяснилъ ст. 810 въ смыслѣ полновластія суда отказывать сторонамъ въ отсрочкѣ засѣданія, даже если въ распорядительномъ засѣданіи была признана необходимость личнаго допроса свидѣтелей въ виду существенности ихъ показаній. Между тѣмъ, ст. 810 какъ разъ требуетъ отъ суда обязательнаго выслушиванія заявленій сторонъ объ отсрочкѣ. А если это такъ, то очевидно, что дѣятельность суда, пріостановившаго засѣданіе въ цѣляхъ допроса подъ присягой не спрошенныхъ на предварительномъ слѣдствіи свидѣтелей, для полученія необходимыхъ дополнительныхъ свѣдѣній, совершенно не требуетъ ходатайства объ этомъ сторонъ и не составляетъ существеннаго нарушенія правилъ ст. 805. Ст. 810 въ своихъ положеніяхъ является совершенно правильной и въ особомъ разсмотрѣніи не нуждается.

Глава XVIII.

Обращаюсь теперь къ разсмотрѣнію одного изъ важнѣйшихъ началъ обвинительнаго суда, которое извѣстно подъ именемъ состязательности или равенства сторонъ. Всматриваясь ближе въ начало состязательности въ его господствующей формѣ въ современномъ намъ процессѣ, немедленно приходимъ къ выводу, что оно есть по преимуществу та часть отправленія правосудія, которая, болѣе чѣмъ всѣ прочія, носитъ политическій характеръ, на которомъ отражается вся исторія его возникновенія. Изъ сказаннаго выше (въ историч. очеркѣ) можно убѣдиться въ двухъ фактахъ. Во-первыхъ—въ значеніи личности для хода образованія отправленія правосудія въ обществѣ, и во вторыхъ—въ громадной энергіи, ею потраченной на отстаиваніе своихъ индивидуальныхъ правъ, которой отмѣчена вся исторія античнаго, средневѣкового и новѣйшаго процессовъ. Принимая во вниманіе изложенныя ранѣе особенности отправленія правосудія въ его соціальной обстановкѣ, я полагаю своей цѣлью намѣтить хотя бы

въ общихъ чертахъ значеніе принципа состязательной борьбы въ ея философскомъ выраженіи въ правѣ, установивъ основныя идеи, въ ея сущности заключающіяся. Тогда мнѣ необходимо будетъ показать неизбѣжность ихъ примѣненія для цѣлей правильнаго судопроизводства.

Исходя изъ установленнаго прочно въ наукѣ понятія права какъ акта прежде всего соціально-политическаго характера, мысль о подчиненіи его въ своемъ возникновеніи формамъ соціальной жизни была постояннымъ спутникомъ всякой философской идеи, касающейся этихъ вопросовъ. Еще античная мысль, въ лицѣ глубокихъ обобщеній великаго Стагирита, занималась уясненіемъ этой проблемы. Но древній грекъ, въ силу особыхъ условій своей цивилизаціи, не выработалъ философскихъ основаній права личности въ государствѣ, отождествляя ее съ нимъ. Причиной этого было, главнымъ образомъ, развитіе демократическихъ учрежденій въ эпоху анализа личности великими философскими умами [1]). Отсюда самодѣятельность личности, поглощающей господствующее надъ нею государство и своеобразное перевоплощеніе началъ государственнаго въ индивидуальное право и обратно въ греческой государственной жизни [2]). Отсюда же даже въ наиболѣе совершенномъ трактатѣ, касающемся анализа отношеній личности и государства, въ «политикѣ» Аристотеля, послѣднее имѣетъ характеръ моральной сущности, формирующей индивидуальную жизнь гражданина, по требованію этическихъ постулатовъ. У Аристотеля понятіе государства обрисовано, въ видѣ верховной идеальной воспитательной системы, участіе въ которой могло бы удовлетворить даже философа въ его запросахъ. Поэтому и въ античномъ судѣ, какъ выраженіи государственной мысли въ дѣятельности, осуществляется прежде всего идея справедливости (объ этомъ выше). Состязательность въ ней молчаливо обосновывается необходимостью предоставить всѣ способы оправданія въ спорѣ подсудимаго съ частнымъ обвинителемъ, дѣйствующимъ отъ себя, подъ флагомъ государства. Система судебныхъ правъ личности, въ ея противоположеніи государству, совершенно отсутствуетъ въ философской мысли древняго грека, какъ и всего античнаго міра вообще.

Отсюда и понятіе справедливости, какъ таковой, мѣряется чисто внѣшнимъ отношеніемъ личности къ праву участія во власти. Рабы, напримѣръ, лишены всякой возможности бороться не только съ государствомъ, но и съ полноправнымъ гражданиномъ, путемъ судебнаго отстаиванія своихъ правъ. Поэтому положеніе, занимаемое состязательнымъ началомъ, было очень неопредѣленно, не закрѣплено какими-либо точными формами и идея борьбы двухъ равныхъ противниковъ за исканіе права скрывалась въ глубокихъ сплетеніяхъ соціальной справедливости, покоящихся въ моральномъ абсолютизмѣ государственнаго властвованія. Аналогичныя явленія мы наблюдаемъ и у римлянъ. По тѣмъ же причинамъ, даже въ эпоху великаго расцвѣта республиканскаго государства, Римъ не выработалъ идеи личности внѣ обязанностей гражданина. Въ дигестахъ, напримѣръ, мы находимъ одно опредѣленіе гражданской, а не политической свободы. Въ эпоху конца государственности Рима юристы попытались создать идеалы писанной справедливости, изведенной изъ началъ разума.[3]) Но у нихъ мы не видимъ вывода права изъ свойствъ личности, какъ верховнаго опредѣлителя всей работы государства. Самое выдѣленіе началъ всеобщаго права, происшедшее подъ давленіемъ желѣзнаго пресса цесаризма, представляло, съ самаго начала, попытку, обреченную на исчезновеніе при первой смѣнѣ обстоятельствъ, изъ которыхъ она возникла. Ученіе

---

[1]) Объ этомъ Ed. Meyer—Geschichte des Alterthums, т. II 1893,—83, 89, 91, 92 и т. IV 1901, S. 111 и слѣд.

[2]) Иного мнѣнія объ этомъ Berhatzik—Republik und Monarchie, 1892, S. 14, который полагаетъ, что въ Греціи государство относилось къ личности гражданина какъ къ своему рабу.

[3]) Подъ вліяніемъ философской школы стоиковъ.

естественнаго права вышло изъ-подъ пера римскихъ юристовъ въ формѣ непререкаемой разумности однихъ институтовъ, входящихъ въ понятіе государственнаго закона, какъ постоянныхъ и неизмѣнныхъ выразителей вліяній природы, и дѣйствующее совмѣстно съ другой частью права положительнаго, обусловленнаго въ своемъ существованіи миромъ конкретныхъ явленій, свойственныхъ преходящимъ условіямъ государственнаго существованія. Отсюда воззрѣніе на истинность извѣстныхъ формъ, опредѣляющихъ человѣческое поведеніе, обусловленныхъ въ своемъ возникновеніи заповѣдною внутреннею потребностью нашего сознанія къ сліянію внѣшняго поведенія индивидуума съ безгрѣшной гармоніей законнаго осуществленія личныхъ цѣлей. Понятно, однако же, что такой абсолютизмъ началъ разума, требующій господства научныхъ идеаловъ съ одной стороны и участія живыхъ силъ личности въ ихъ осуществленіи—съ другой, нуждался для реализаціи идей естественнаго права въ существованіи нѣсколькихъ борющихся общественныхъ силъ, могущихъ уравновѣшивать свои сталкивающіяся вліянія, примиряя ихъ въ осуществленіи всеобщаго правового порядка.

Согласовать развивающееся начало права съ осуществленнымъ и господствующимъ деспотизмомъ римскихъ цезарей, отрицающихъ самое понятіе какихъ-либо правовыхъ ограниченій своего могущества, было явно невозможно. Понятіе естественнаго права римскихъ юристовъ вслѣдствіе этого выродилось въ механическій агломератъ правилъ и выводовъ, касающихся не внутренней сущности правообразующихъ силъ, опредѣляющихъ для индивида юридическую сферу должной свободы личности, а затрогивающихъ внѣшнюю каузальную сторону господствующихъ юридическихъ отношеній. Таковы разсужденія пандектовъ о прелюбодѣяніи, постыдномъ отъ природы, и нарушеніи опекунскихъ обязанностей, противоправныхъ въ силу обычая, что яды, не употребляемые для лечебныхъ цѣлей, не могутъ быть объектомъ купли и продажи и т. д. и т. д. [1]). Понятно теперь, что и въ римскомъ процессѣ борьба сторонъ совершалась не въ силу правъ присущихъ личности противопоставляемой государству, а во имя цѣлесообразной возможности достиженія ближайшихъ утилитарныхъ цѣлей сохраненія и поддержанія государственнаго порядка. Поэтому процессъ стараго Рима если и обнаружилъ свойственную всѣмъ органическимъ явленіямъ народной жизни живучесть и устойчивость, непримѣтно замѣнился вліяніями каноническаго права, поглотившаго его своимъ трагическимъ безмолвіемъ. Въ такомъ видѣ понятіе права личности попало въ гигантскую мельницу среднихъ вѣковъ, съ ея тремя зубцами—церковью, феодализмомъ и властью императорской, перетиравшими въ мелкую пыль раздробленныхъ вліяній и борьбы античное единство государства, нравственную свободу философскихъ школъ, понятіе господства разума, полноправіе личности и идеи рабства... Дѣленіе гражданъ на побѣжденныхъ и побѣдителей заставило ихъ смотрѣть подозрительно на всякую попытку государственной власти расширяться и оно же, наконецъ, влекло къ гигантской раздробленности общества въ борьбѣ изолированныхъ группъ, отстаивающихъ свое право жизни. Отсюда въ средніе вѣка—отсутствіе сколько-нибудь опредѣленной системы права и суда, всеобщая слитность границъ, отсутствіе формъ и теорій, принциповъ дѣятельности и критерія для истины, смутность рубежей между властью политической и властью моральной [2]).

Только идеѣ новаго времени было суждено создать самостоятельное право личности, независимой отъ всемогущества государства, на что ушли XVII и XVIII вѣка. Французы, какъ и всегда, шли впереди движенія. Въ 1577 году появилось сочиненіе ля Боэси—«Рѣчь о добровольномъ рабствѣ», гдѣ авторъ настаиваетъ на естественномъ

---

[1]) Объ этомъ кромѣ перечисленныхъ выше, Доленги—Важнѣйшіе моменты въ исторіи мысли, стр. 876—885; 1903 г. Новгородцевъ—Историч. школа юристовъ и его же—Кантъ и Гегель въ ихъ ученіяхъ о правѣ и государствѣ, стр. 2—25; 1901 г.

[2]) Объ этомъ Карѣевъ—Ист. зап. Евр. въ новое время, т. I, стр. 10—19. 1898 г. Спб.

правѣ личности на самоопредѣленіе, отграничивающемъ ее отъ вліяній государства. Одновременно съ тѣмъ появляется сочиненіе Теодора Беза о «Правѣ сановника надъ подданными», гдѣ, уже опираясь на естественное право, личность объявляетъ войну государству, стремящемуся посягать на ея права, вопреки началу справедливости. Въ 1669 г. мы имѣемъ сочиненіе Жюрье «Пастырскія письма», гдѣ полностью приводится идея естественныхъ правъ личности, легшая въ основу знаменитой декларацiи правъ. Думергъ, въ своей недавней статьѣ объ этомъ созданіи юридической мысли XVIII вѣка, показываетъ изумительную сближенность этихъ двухъ трактатовъ не только въ смыслѣ, но даже въ системѣ, въ формѣ, въ выраженіяхъ. Въ Германіи тѣ же доктрины мы находимъ въ сочиненіи Альтузія (1603 г.), предвосхитившаго идеи Руссо; затѣмъ тѣ же взгляды мы встрѣчаемъ у Локка и особенно у Клярендона, который, полемизируя съ Гоббзомъ, установилъ наличность самостоятельныхъ правъ, присущихъ человѣку (1604 г.). На континентѣ къ его положеніямъ примыкаютъ Пуфендорфъ, Томазій, Вольфъ и Лейбницъ; однимъ словомъ, вездѣ мы наблюдаемъ стремленіе примирить понятіе единства государства съ идеей личной независимости—установленіемъ суммы принадлежащихъ ей правъ, остающихся недостижимыми, даже для вліянія государства. Еще въ 1694 году въ сочиненіи Les lois civiles dans leur ordre naturel (préface) Tomas писалъ: «Всѣ люди равны по своей природѣ, но правительства необходимы для поддержанія порядка въ человѣческихъ обществахъ, и въ такомъ правительствѣ слѣдуетъ различать два рода законовъ: тѣ, которые устанавливаются властью и носятъ наименованіе произвольныхъ, и тѣ, которые истекаютъ изъ естественнаго права, какъ неизбѣжныя послѣдствія справедливости и правосудія, остаются незыблемыми повсюду и всегда неизмѣнны» [1]).

До сихъ поръ мы наблюдали какъ бы подготовку юридической формулировки правъ личности въ процессѣ, теперь эти права появляются во всеоружіи точной системы, продуманной и взвѣшенной, базирующейся на дѣйствительности и потому фактической и реальной. Я разумѣю «Духъ Законовъ» Монтескье. Однако и у него мы наблюдаемъ только логическое завершеніе предыдущаго хода философско-юридической мысли и подъ формой опытныхъ выводовъ новѣйшаго конституціоннаго права мы находимъ не болѣе какъ продолженіе идей его предшественниковъ. Монтескье устанавливаетъ въ первыхъ 2-хъ книгахъ своего сочиненія основаніе своего метода, какъ сопоставленіе и индуктивность, выражающуюся въ установленіи обобщенныхъ выводовъ, на основаніи наблюденій историческихъ формъ политической жизни человѣчества. А за этимъ Монтескье непосредственно обращается къ «Естественнымъ законамъ [2]), которые имѣла природа людей до начала солидарной жизни [3]). Однако же, въ обоснованіе идеи присущихъ личности правъ Монтескье кладетъ систему дѣленія властей и, между прочимъ, въ судебной—видитъ возможность охраненія тѣхъ индивидуальныхъ правъ, какія остаются за личностью въ итогѣ выдѣленія ихъ изъ объема власти государства. Опредѣляя понятіе свободы какъ дѣятельности, сообразной съ законами, Монтескье обращаетъ это послѣднее въ чувство безопасности и гарантій, охраняющихъ права личности отъ посягательствъ, полагая формальное огражденіе свободы въ учрежденіи суда и системѣ законовъ уголовныхъ [4]). Въ то же время онъ стремится оперировать съ свойствами личности, какъ таковой, для этой цѣли считая ее неизмѣннымъ факторомъ въ процессѣ

---

[1]) Объ этомъ Ковалевскій—Отъ прям. народоправ. къ народному представит., т. II, стр. 23—59 и т. III, стр. 16—73. 1906 г.; Эсменъ—Общ. осн. конст. права, стр. 304, и Іеллинекъ, стр. 215 и слѣд. Право совр. госуд.

[2]) Кн. I, гл. II, стр. 8.

[3]) Объ этомъ М. Ковалевскій—Происх. соврем. демократ., т. I, стр. 412; 1899 г. Москва.

[4]) Стр. 187—189.

отношеній возникающихъ между личностью и государствомъ, въ ихъ совмѣстномъ существованіи [1]).

Какъ только мысль человѣчества достигла до этого выдѣленія началъ личной свободы въ самостоятельную сферу особыхъ отъ государства интересовъ и цѣлей индивидуальной жизни, немедленно и въ судѣ она появляется съ присущей ей полнотой правъ, главное изъ которыхъ—гарантія закономъ ея неприкосновенности, пока не доказано нарушеніе ею свободы другихъ лицъ. Мысли, заключающіяся въ VI главѣ IX книги «Духа законовъ», вошли въ обиходъ судебной жизни всѣхъ народовъ Европы и, перекинувшись черезъ океанъ, внѣдрились въ странахъ англо-американской культуры. Понятіе публично-правовой свободы индивидуума вошло основнымъ принципомъ въ наше уголовное судопроизводство, естественно противопоставляя личность представителю государства въ борьбѣ за принадлежащія ей права, отнятіе которыхъ возможно лишь при наличности опредѣленнаго поведенія, доказывающаго, что пользованіе ими влечетъ за собою опасность для сферы внѣшней свободы прочихъ сочленовъ государственнаго единенія [2]). Таковъ былъ этотъ широкій и длинный процессъ послѣдовательнаго развитія личности, приведшій ее къ современнымъ намъ полномочіямъ равныхъ съ государствомъ правъ въ процессѣ. На протяженіи вѣковъ мобилизовало для этой цѣли человѣчество философскую мысль, историческій опытъ, политическую борьбу, этическіе запросы, процессы внутренней справедливости и присущее человѣку чувство состраданія и гуманности.

Въ наше время вся система государства приспособляется для удовлетворенія запросамъ личности. Во имя ея предпринимается вся логическая работа государства, обусловленная стремленіемъ оправдать извѣстную цѣлокупность политическихъ учрежденій страны далекими цѣлями развитія индивидуальныхъ идеаловъ [3]). Самый характеръ новѣйшихъ философскихъ теченій въ правѣ знаменуетъ неистребимое сознаніе принадлежащихъ ей правъ. Таковы теорія признанія Бирлинга, теорія власти Коркунова, психологич. основ. права Петражицкаго, ученіе о правѣ Новгородцева, идеи Гирке и многихъ другихъ. Такъ называемое возрожденіе естественнаго права показываетъ, что сознаніе правъ личности неистребимо и входитъ основной чертой въ систему современныхъ намъ государственныхъ факторовъ жизни. Этимъ и можно объяснить господство въ новѣйшемъ процессѣ равенства сторонъ, все болѣе развивающагося, съ фатальной необходимостью дѣлающаго каждый день новыя завоеванія, конечною цѣлью которыхъ является полное уравненіе индивида въ процессуальныхъ правахъ, при судебномъ столкновеніи его съ государствомъ. Изъ приведенной эволюціи развитія личнаго права видно постоянное стремленіе личности отстаивать свои права въ борьбѣ на судѣ съ государствомъ, закончившееся теоретически признаннымъ уравненіемъ ея на судѣ съ послѣднимъ. Состязательное начало оказывается такимъ образомъ совершенно естественнымъ рефлексомъ взаимоотносящихся сферъ дѣятельности общества и индивида.

Но все это внѣшняя политико-юридическая основа системы, внутренняя сущность которой лежитъ въ природѣ соціальной. Посмотримъ, какъ объясняется она здѣсь. XIX вѣкъ для юриспруденціи долженъ былъ имѣть то же значеніе, какъ и для философіи, именно, ввелъ въ систему правовыхъ знаній сильную примѣсь естественно-научныхъ

---

[1]) «Во всѣ времена люди имѣли одни и тѣ же запросы; этимъ и объясняется, почему различіе могло коснуться только обстоятельствъ, вызвавшихъ великія перемѣны, а не причинъ, ихъ обусловившихъ; другими словами, люди всегда люди, имѣютъ одинаковыя страсти и одинаковую способность пользоваться случаемъ, для удовлетворенія этихъ страстей. Consideration sur les causes de la grandeur des Romains et de leur decadence, ch. I у Ковалевскаго t. I, стр. 390.

[2]) Эсменъ, стр. 266—268, Коркуновъ—Лекціи по общ. теоріи права, стр. 267—275.

[3]) Объ этомъ Липпсъ, стр. 281—293. Гефдингъ—Этика, стр. 335—336. 1898. Гиддингсъ—Основы соціол., стр. 499. 1895, Петербургъ.

данныхъ, перенеся центръ тяжести многихъ вопросовъ юридической науки въ область антропологіи, соціологіи и психологическихъ изысканій. Тутъ возникаетъ своего рода натуръ-философія права, стремящаяся опредѣлить извѣстную систему движенія внутри даннаго правового института, какъ органическую принадлежность этого послѣдняго, связывающую его съ наличностью фактическихъ вліяній порождающей его обстановки соціальной жизни. Крупнѣйшій въ этомъ направленіи шагъ сдѣлала уголовно-антропологическая школа Италіи, а вслѣдъ за нею и въ старую классическую школу проникли вліянія естественно-научныхъ отдѣловъ знаній. Въ появившейся въ 1873 году въ большой публикѣ книжкѣ, подъ назв. «Борьба за право», знаменитый германскій юристъ Іерингъ пытался сдѣлать право факторомъ космической борьбы. Онъ разсматривалъ его какъ непрерывное движеніе, осложненное колебаніями перемѣщающихся центровъ равновѣсія, въ процессѣ неустанной борьбы вырабатывающее право, сообразное съ формами и организаціей породившей его жизни. «Міръ безъ борьбы и наслажденіе безъ работы принадлежатъ къ эпохѣ до изгнанія изъ рая; исторіи же они знакомы лишь какъ результаты неустанныхъ тяжелыхъ усилій» [1]). Мысль, въ сущности, была не нова, ее одинаково развивали и Фейербахъ, и Пухта, и Савиньи. «Право сохраняется въ народѣ силой преданія, обусловливаясь не внезапной, а совершенно постоянной смѣной поколѣній». И самъ Іерингъ высказываетъ ту же мысль во введеніи къ «Духу римскаго права», полагая его какъ неизбѣжный органическій признакъ всякой живой народности, всякаго національнаго бытія, способнаго къ развитію и постольку къ жизни [2]).

Объясненіемъ этому служитъ, конечно, движеніе въ области естествознанія, связанное съ именами Кювье, Дарвина и его продолжателей—Гексли, Герберта Спенсера, Геккеля и другихъ. Наложивъ отпечатокъ на всю систему современнаго намъ научнаго міровоззрѣнія, они дѣйствительно создали прочную основу для всякаго рода научно-соціологическихъ изысканій. Они же, на мой взглядъ, раскрываютъ во всей полнотѣ и сущность началъ состязательной борьбы, разсматриваемой нами какъ необходимая принадлежность обвинительнаго процесса. Когда Дарвинъ писалъ, въ 1854 году, свою знаменитую работу «о происхожденіи видовъ путемъ естественнаго подбора», онъ обращалъ вниманіе человѣчества на необходимость постоянно имѣть въ виду господство борьбы за существованіе; «ничего нѣтъ труднѣе,- по крайней мѣрѣ я испыталъ это на себѣ,—какъ постоянно имѣть ее въ виду при обсужденіи частныхъ явленій» [3]). Распространяя послѣдовательно свои выводы, онъ, конечно, долженъ былъ перенести ихъ и на родъ людской, который онъ подчинилъ закону, названному имъ «законъ жизненныхъ условій». Онъ установилъ далѣе, что борящіеся между собой жители данной территоріи тѣмъ болѣе будутъ способны къ этой борьбѣ, чѣмъ большее количество формъ соисканія успѣха будетъ пущено въ ходъ, ибо вызоветъ соотвѣтственное приспособленіе органнзма развитіемъ функцій [4]). Наблюденіями, сдѣланными Дарвиномъ въ его дальнѣйшемъ сочиненіи «Происхожденіе человѣка», воспользовались два крупнѣйшихъ соціолога нашего времени—Тардъ и Гербертъ Спенсеръ. И тотъ и другой ввели понятіе борьбы въ содержаніе жизни всѣхъ общественныхъ институтовъ, пріобрѣтя въ немъ ключъ къ разгадкѣ всѣхъ проблемъ современнаго соціальнаго знанія [5]).

То же самое сдѣлалъ Гербертъ Спенсеръ въ своихъ «Основаніяхъ соціологіи», затронувъ понятіе судопроизводства [6]). Разсматривая систему суда, Спенсеръ пришелъ къ выводу, что она вполнѣ примитивно тождественна съ системой органовъ военнаго устрой-

---

[1]) «Борьба за право», стр. 5. 1904 г.

[2]) Духъ римскаго права на различныхъ ступеняхъ его развитія, томъ I, стр. 4—6. 1875. Петербургъ.

[3]) Дарвинъ—Происх. вид. стр. 50. 1864 г. Петербургъ.

[4]) Объ этомъ цит. соч., стр. 166.

[5]) См. глава 2 Соціальн. умъ въ соціальн. логикѣ—Тарда, особенно стр. 135—137 и 150—153.

[6]) Осн. соціолог., т. II, стр. 384, 410; 1898 г. Петербургъ.

ства націй. Начиная съ переживаній языка, дающихъ въ старомъ понятіи «мечъ правосудія» подтвержденіе такого толкованія, онъ прослѣживаетъ черезъ всю исторію возникновеніе и развитіе органовъ судопроизводства, встрѣчая вездѣ полное тождество борьбы правосудія съ борьбой на войнѣ. Дѣйствительно, въ историческомъ очеркѣ я привелъ рядъ доказательствъ, изъ которыхъ видно, что военныя собранія были первоначально и собраніями судей, что первоначально постановляли приговоръ всѣ и всѣ принимали участіе въ его выполненіи. У евреевъ, напримѣръ, всѣ побивали камнями, у римлянъ легіоны закалывали копьями виновныхъ и т. д. [1]). Точно также въ Аттикѣ архонты являлись одновременно воинами и судьями, а консулы и преторы въ Римѣ одновременно осуществляли и власть военоначальниковъ, и власть магистратовъ [2]). Необходимо также замѣтить, что на первыхъ ступеняхъ общежитія участіе государственной власти въ судебной дѣятельности встрѣчается какъ рѣдкое исключеніе, ибо судъ замѣняется кровной местью, на смѣну которой, только много спустя, приходитъ система композицій. Но еще долго послѣ того, какъ судебная власть уже сосредоточивалась въ рядѣ органовъ и выражалась въ строгой системѣ функцій, старый порядокъ борьбы неорганизованной замѣнялся формами организующими и однородными, сообщая ей устойчивость и закономѣрность. Тогда появился институтъ дуэлей, игравшихъ чрезвычайно долго роль могучаго фактора исканія права и борьбы за него, вліявшій одинаково на церковь, на государство, на политику, науку, на всѣ формы культуры, всѣ принципы соціальныхъ вѣрованій и желаній. Какъ живучъ, и стало быть органиченъ, былъ этотъ обычай чисто военной борьбы на судѣ доказываетъ тотъ фактъ, что еще въ XIII вѣкѣ итальянскіе дворяне считали безчестнымъ обращаться къ законамъ, а не рѣшать судебныя дѣла оружіемъ. Одинъ изъ капитуляріевъ Карла Лысаго повелѣваетъ свободнымъ людямъ являться къ суду вооруженными какъ для войны, чтобы они могли биться за свои юрисдикціи. Спенсеръ разсказываетъ, что еще въ 1818 году въ культурнѣйшемъ государствѣ Европы, Англіи, законодательный проектъ объ отмѣнѣ тяжбъ, рѣшаемыхъ борьбой, встрѣтилъ такое сопротивленіе въ палатахъ, что правительство взяло его обратно [3]).

Приведенныхъ фактовъ довольно, чтобы видѣть, насколько правильно полагать въ первоначальномъ возникновеніи суда продолженіе всеобщей космической борьбы за жизнь, право и справедливость. Въ историческомъ очеркѣ я показалъ медленную эволюцію началъ судопроизводства съ все большимъ преобладаніемъ организованности до нашихъ дней, когда идея соціальной справедливости осуществляется въ судѣ, соотвѣтственно идеямъ нашего времени и орудіямъ нашей культуры. Мы не имѣемъ уже выдачи головою обидчика, какую знало наше старое право, постановки вмѣсто себя на правежъ своего холопа, неопредѣленной санкціи кары, какъ не имѣемъ ордалій, поединка, ауто да-фе—однимъ словомъ, ни одного изъ заржавленныхъ орудій стараго юридическаго арсенала человѣчества. Но организація новыхъ отношеній не изгладила чувствъ старой необходимости борьбы со зломъ, въ которой государство и личность вступаютъ въ поединокъ,—одна за сохраненіе своихъ правъ, другая—за прекращеніе, опасныхъ для общаго порядка, преступныхъ состояній [4]). На первоначальныхъ ступеняхъ, чувство реальнаго опасенія самому оказаться въ положеніи обидчика или обиженнаго, съ естественной потребностью справедливости, вводитъ начало борьбы личности, съ уполномоченнымъ государства, равнымъ оружіемъ, съ равной вѣроятностью на исходъ поединка. При несовершенномъ способѣ поиска истины остается обратиться къ боже-

---

[1]) Объ этомъ историч. очерк.

[2]) Спенсеръ, стр. 389.

[3]) Цит. соч., стр. §85. Основ. соціол.

[4]) Іерингъ—Борьба за право, стр. 28—29. Петербургъ, 1904, изд. Юровскаго.

ственному авторитету, который одинъ перевѣшиваетъ шансы борьбы, удовлетворяя общественную совѣсть вытекающимъ отсюда правомъ кары. И покамѣстъ личность представляетъ одновременно и средство общества, и его цѣль (таково время античной Греціи, республиканскаго Рима и варварскихъ обществъ среднихъ вѣковъ), она неизмѣнно выступаетъ въ ристалищѣ справедливости, во всеоружіи своихъ правъ, въ силѣ и незыблемости своихъ полномочій.

Формы вооруженной борьбы постепенно смягчаются, проходятъ черезъ систему композицій, виръ, символическихъ знаковъ примиренности преступника съ государствомъ и, соотвѣтственно этому, стукъ оружія и трубные звуки боя замѣняются рѣчами ораторовъ, принципами доказательствъ, укладывающихся между первой и послѣдней песчинками Клепсидры. Эпоха конца среднихъ вѣковъ, знаменующаяся уничтоженіемъ личности уздою церковнаго авторитета, ведетъ за собою устраненіе началъ состязательной борьбы изъ суда, гдѣ истина познается церковью съ непогрѣшимыхъ высотъ догмата, видящей личность маленькой, трагически безпомощной и ничтожной. Если человѣкъ немощенъ и ничтоженъ, если все назначеніе его истреблять свою плоть, смиряться, благоговѣть, трепетать и вѣрить, бояться и отчаиваться,—считаться съ такой ничтожностью будетъ преступленіемъ. Всѣ средніе вѣка будто ложатся въ эти монотонные стихи, которые пѣли безумные флягелянты, въ своемъ страшномъ шествіи послѣ чумы въ 1348 г.

On avant entre nous tous frères.
Batton nos charognes bien fort
En remembrant la grande misère
De Dieu et sa piteuse mort,
Qui fus pris en la gent à'mère.
Et vendu et trahi à tort
Et battu sa chair vierge et mère
Au nom de ce, batton plus fort.

Тогда и юстиція начинаетъ бечевать. Судья, вмѣстѣ съ схоластикомъ, пускается въ отвлеченныя тонкости, запутывая несчастнаго подсудимаго, который, внѣ средствъ защиты, медленно засасывается въ тонкую трясину формальныхъ доказательствъ, закруживается въ вихрѣ допросовъ, захлестывается паутиной формальныхъ доводовъ. Новое время снова ставитъ на очередь вопросы о правѣ личности и ихъ блистательно разрѣшаетъ въ ея пользу, а отсюда вытекаютъ всѣ послѣдствія, необходимо ставящія ее передъ судомъ какъ рѣшительно равную величину съ государствомъ. Новое время сообщаетъ ей не только полноту правъ гражданина, но еще и кодексъ привилегій человѣка, и потому дѣлаетъ ее центральнымъ фокусомъ процесса. Признавая индивидуума участникомъ управленія государствомъ, вскрывая идеальную цѣль этого послѣдняго, какъ максимума чувствъ солидарности между людьми, развивая общественность, увеличивая спутокъ соціальныхъ связей, охватывающихъ личность отъ рожденія до смерти, государство не можетъ, не вступивъ въ коренное противорѣчіе съ самимъ собою, оперировать съ личностью на судѣ иначе, чѣмъ въ любомъ изъ своихъ учрежденій. Осуществленіе гарантій безопасности съ тѣмъ большей энергіей требуетъ охраненія гражданина отъ неправильнаго преслѣдованія, чѣмъ большее количество благъ и самодѣятельности утрачиваетъ общество вмѣстѣ съ изъятіемъ изъ его среды одного изъ сочленовъ.

При сложной запутанности современной жизни, насильственный уходъ изъ нея хотя одного лица влечетъ непремѣнно болѣзненные надрывы, глухое, но мучительное страданіе, оборванныя надежды, неудовлетворенныя требованія массы лицъ, поддерживавшихъ съ нимъ соціальныя отношенія. Отсюда въ порядкѣ суда заинтересованъ

не только подсудимый, но все общество въ его цѣломъ. Во имя солидарной потребности всѣмъ искать истину, оно предоставляетъ лицу выступать противъ государства въ бронѣ пріобрѣтенныхъ правъ, доколѣ броня эта не будетъ пробита оружіемъ неблагопріятно складывающихся для гражданина судебныхъ фактовъ. Только тогда общество согласится уступить своего сочлена позору преступленія, только тогда оно согласится, во имя спасенія отъ грядущихъ опасностей, принести настоящія жертвы и тогда только оно безропотно приметъ приговоръ. Признавая возможность осуществленія соціальной справедливости единственно черезъ уголовный процессъ, свойственная нашему времени особенность міровоззрѣнія должна полагать и считаетъ основой къ уясненію дѣйствительности нарушенія нормъ общественной справедливости лишь непреклонный абсолютизмъ фактовъ. Отсюда неизбѣжность признанія всевозможныхъ способовъ ихъ отысканія, которыми должна быть снабжена личность въ свое оправданіе, а это снова приводитъ къ неизбѣжному выводу обязательнаго равенства борьбы личности и государства. Понятіе правового порядка доступно лишь въ идеалѣ равной борьбы за сохраненіе правъ, принадлежащихъ личности и утвержденныхъ за нею закономъ. Идеи и факты преступленія доступны обществу постольку, поскольку это послѣднее узнаетъ ихъ въ развитіи напряженной борьбы сторонъ въ судѣ, за отстаиваніе истины въ процессѣ [1]).

Для обезпеченія равенства борьбы и выдѣляется особая власть,—власть судебная, долженствующая, съ верховнымъ безстрастіемъ, слѣдить за этимъ поединкомъ личности и государства помощью оружія нашего времени,—логикой, разумомъ и творческимъ сомнѣніемъ. Поэтому, съ развитіемъ узъ солидарной связанности, а онѣ возрастаютъ въ силу неизбѣжной эволюціи общества, увеличивается и цѣнность для государства личности и неизмѣнно должно возрастать стремленіе дать послѣдней какъ можно больше возможности къ отстаиванію своихъ правъ,—это же дѣлается развитіемъ формъ состязательности въ процессѣ. Понятно поэтому формальное развитіе начала состязательности, которая является душой современнаго процесса. Не отказываясь отъ основныхъ положеній нашей цивилизаціи, самостоятельности правъ человѣка въ отношеніи государства, общество не можетъ не снабжать личность равными съ послѣднимъ правами въ отысканіи истиннаго виновника преступленія. Но растущее чувство солидарности обязываетъ насъ еще къ инымъ выводамъ, именно, къ присвоенію личности извѣстныхъ выгодъ этой борьбы, къ тому, что въ юриспруденціи извѣстно подъ именемъ favor defensionis [2]). Это юридическое понятіе означаетъ не что иное въ его ближайшемъ анализѣ, какъ фиксированный процессъ растущей въ теченіе вѣковыхъ перипетій исторической жизни солидарности между людьми и возникающее отсюда уширеніе и ростъ идеи справедливости и пониманія человѣческихъ поступковъ. «Все понять—все простить»—гласитъ французская поговорка, и въ этомъ смыслѣ лишь въ современномъ намъ процессѣ суда наблюдается великій фокусъ усилій, къ которымъ направляется дѣятельность мысли всѣхъ участвующихъ лицъ, стремящихся сдѣлать темный механизмъ преступной воли объясненнымъ и понятнымъ.

---

[1]) Давно уже, но вѣрно писалъ извѣстный Жюль Симонъ: «La liberté politique», 1871, p. 168: «il n'y a de sécurité que quand la loi, une loi précise, explique et definit clairement tous les droits de la communauté et quand je puis dire «tous ce qui n'est pas précisement interdit par la loi est permis». Autre chose est la sécurité, autre chose, la tranquillité. Rome pourrait être tranquille sous Néron: il suffisait pour cela des magistrats vigilants d'une forte garde et des supplices autroces; mais personne n'avait de sécurité, parce que le pouvoire était arbitraire. Le pouvoir arbitraire est dans l'ordre moral, ce qui serait le hasard dans l'ordre physique. Il empèche de compter sur la minute qui va suivre. Il faut de la vie et l'honneur même un accident» (заимств. у Владимірова—Суд. присяж., 34).

[2]) Коркуновъ—Лекціи по общей теоріи права, стр. 112—118.

Чувство справедливости развивается точно такъ же, какъ умъ, воображеніе, вкусъ [1]). Мы знаемъ, какъ тотъ же величавый процессъ развитія правъ личности дѣлалъ ее все болѣе дорогой для государства, припаивавшаго къ индивидуальности идеалы государственной бережливости въ расходованіи человѣческихъ силъ, для достиженія политическихъ цѣлей, и опиравшаго на нее философію своего права на существованіе, какъ средства для осуществленія ея интересовъ. Понятіе favor defensionis было присуще оттого институту обвинительнаго типа суда въ теченіе всѣхъ эпохъ его существованія. Въ историческомъ очеркѣ я показалъ это обстоятельство, теперь считаю необходимымъ указать, что къ началу XIX вѣка вмѣстѣ съ завершеніемъ принциповъ философіи естественнаго права знаменуется и выступленіе на политическую арену личности гражданина, во всеоружіи политическихъ правъ, отмежеванныхъ ему государствомъ.

Стремленіе понять состояніе осужденнаго и прійти къ нему на помощь, пробужденіе общественнаго сочувствія къ заключеннымъ и наказаннымъ—влекло за собою принципіально доброжелательное отношеніе къ подсудимымъ со стороны суда, и нашло себѣ выраженіе, изумительное по силѣ и блеску, у одного изъ выдающихся юристовъ классической школы. Филянджіери, въ страстной тирадѣ, взывалъ къ правосудію и гуманности [2]). Столѣтіемъ раньше, почти въ тѣхъ же выраженіяхъ, пламенное чувство Сервана будило потребность гуманности въ судьяхъ, взывая о состраданіи къ подсудимому [3]). Эти благородныя, полныя глубокой потребности въ состраданіи, слова не оставались одинокимъ колоколомъ бѣдствія въ мірѣ. Публицисты, историки, философы, государствовѣды, начиная съ Беккаріа, наперерывъ доказывали необходимость осторожности въ обвиненіи и большей готовности въ оправданіи. Знаменитыя слова Петра объ «оправданіи 10 виновныхъ лучшемъ, нежели осужденіи одного невиннаго»—служатъ блестящимъ доказательствомъ признанія у насъ на родинѣ той же истины величайшимъ изъ нашихъ государственныхъ людей. Поэтому же чувство растущей гуманности и потребности все большей точности въ доказательствахъ виновности въ судѣ [4]), съ роковой необходимостью, вызываютъ въ публикѣ потребность отдавать преимущества въ сторону гуманности, ибо высокія обязанности гражданства, связанныя съ личностью въ современномъ судѣ, вызываютъ необходимость особенно заботливо проводить довѣріе къ правомѣрнымъ мотивамъ каждой индивидуальной жизни. Вотъ почему мы и должны наблюдать въ современномъ типѣ суда установленіе преимущества личности въ борьбѣ съ обвиненіемъ, передачу извѣстной суммы мозговыхъ вліяній въ сторону сердечныхъ чувствованій, побужденіе истолковывать малѣйшее стремленіе въ пользу

[1]) Подъ вліяніемъ культуры люди дѣлаются болѣе справедливыми. Справедливость имѣетъ свою исторію и лучшимъ, быть можетъ, доказательствомъ прогресса чувства справедливости служитъ исторія уголовной юстиціи. «Постоянное смягченіе наказаній, замѣчаемое въ юстиціи, показываетъ, что чувство справедливости, требовавшее когда-то кровавыхъ жертвъ, въ настоящее время удовлетворяется наказаніемъ, имѣющимъ въ виду не столько страданія жертвы, сколько исправленіе человѣка» (Владиміровъ—Судъ присяжн., стр. 10, 11. 1873 г.).

[2]) Filandgieri—La science de la legislation, 1786 г., t. III, p. 36—38. Касаясь положенія личности въ его времена, онъ писалъ: «Если его положеніе вызываетъ опасеніе бѣгства, или если преступленіе, ему вмѣняемое сколько нибудь важно, самой легкой улики достаточно, чтобы лишить его свободы, семьи, чести. Вотъ приходятъ за нимъ вооруженные люди, чтобы арестовать его и увести въ тюрьму, гдѣ ему воспретятъ всякія сношенія съ окружающимъ міромъ; тамъ-то онъ узнаетъ о своемъ обвиненіи или оклеветаніи. Нѣсколько недѣль или мѣсяцевъ протянется, пока онъ узнаетъ что-либо. Судья, за многочисленностью дѣлъ, еще не принимался за дѣло. Въ теченіе всего этого времени заключенный находится въ состояніи, характеризующемся насиліемъ, ужасомъ. Если совѣсть не упрекаетъ его ни въ какомъ преступленіи, то воображеніе мучитъ его. Въ своихъ мечтахъ онъ обращается къ правосудію, онъ требуетъ у безсильныхъ призраковъ своей фантазіи правъ на свободу, которая ему принадлежитъ. Къ исторіи своихъ несчастій онъ прибавляетъ исторію стыда, отчаянія, нищеты семьи. Его враги ликуютъ, дѣти умираютъ съ голоду, жена его лежитъ между жизнью и смертью» (заимствовано у Люблинскаго—Своб. личн. въ уг. суд.).

[3]) Цит. соч., стр. 32—34.

[4]) Объ этомъ Тардъ—цит. соч.

гуманности — словомъ то торжество человѣчности, которое старые юристы называли «милостью къ подсудимымъ». Это слово не вѣрно. Создавая эти принципы современнаго намъ суда, процессъ имѣетъ дѣло не съ чувствомъ милости, а съ правомъ гарантій и общественной готовностью поступиться самимъ съ чувствомъ безопасности въ пользу ихъ сохраненія, которое поэтому правильнѣе назвать правомъ на политическую гуманность.

Кромѣ того, въ своемъ соціологическомъ значеніи, понятіе борьбы, развиваемое сторонами въ нашемъ обвинительномъ судѣ, имѣетъ очень значительное вліяніе на усиленіе человѣческой способности въ поискахъ истины, повышая страсти сторонъ и увеличивая этимъ соціальный темпераментъ процесса. Обостряя усилія спорящихъ въ судебномъ состязаніи сторонъ и доводя отстаиваніе ими своихъ положеній до напряженія и яркости спора, состязательность оказываетъ то же вліяніе на стороны въ процессѣ, какъ и всякій споръ. Энергія мысли противниковъ повышается, увлеченіе борьбы увеличиваетъ общій токъ энергіи въ мозгѣ, углубляя ассоціаціи, расширяя аналогіи, помогая связывать отдаленныя послѣдствія съ ближайшими причинами. Равенство сторонъ, сводящееся къ борьбѣ представителя обвиненія и защиты, станетъ понятнымъ лишь тогда, когда мы разсмотримъ существо дѣятельности того и другого передъ безпристрастнымъ судьей. Вся роль послѣдняго въ этомъ отношеніи сводится къ посредничеству между судомъ и сторонами и соотвѣтствуетъ поэтому въ предоставленіи имъ возможности прочно обосновать свои доказательства, сличеніе которыхъ между собой даетъ возможность суду выяснить истину, лежащую въ основу приговора. Поэтому назначеніе президента сводится къ установленію безпристрастнаго предоставленія борящимся всѣхъ законныхъ средствъ борьбы, концентраціи усилій борцовъ въ фокусѣ относящихся къ дѣлу обстоятельствъ и способствованію охраненія внѣшняго порядка въ залѣ суда, во имя обезпеченія сторонамъ возможности безпрепятственно осуществлять свои полномочія [1]). Совершенно иными должны быть обрисованы обязанности прокурора. Въ томъ видѣ, какъ теперь представляется этотъ институтъ въ процессѣ французскаго типа, прокуратура является постояннымъ государственнымъ учрежденіемъ, имѣющимъ своею цѣлью преслѣдованіе по должности дѣйствій, нарушающихъ общественный порядокъ, и осуществленіе функцій надзора за правильностью отправленія правосудія органами судебной власти. Назначеніемъ прокурора является постольку совершенно безпристрастное выясненіе истины во имя интересовъ общаго порядка, которому, гораздо болѣе чѣмъ преступленіе, опасно обвиненіе невиннаго, а потому вся система его дѣятельности должна исключать возможность какого-либо увлеченія и односторонности, предоставляя совершенно одинаковыя права борьбы сторонѣ противной. Трейльяръ въ законодательномъ корпусѣ 20 апрѣля 1810 г., при разсмотрѣніи закона о прокуратурѣ, характеризовалъ ее какъ возвышенное учрежденіе, которое будетъ охранять драгоцѣнныя блага общественнаго порядка [2]).

Поэтому дѣятельность прокурора на судѣ должна быть разсматриваема какъ участіе борющихся въ состязаніи за истину сторонъ и постоянно зависѣть въ предоставленіи средствъ доказательства своихъ положеній отъ независимаго суда. Совершенно очевидно, что послѣдній долженъ быть вполнѣ отдѣленнымъ отъ какихъ бы то ни было давленій со стороны прокуратуры въ дѣлѣ установленія началъ, опредѣляющихъ вынесеніе справедливаго приговора [3]). Поэтому дѣятельность прокурора должна быть сдер-

---

[1]) Объ этомъ Фейербахъ (цит. соч., стр. 103—104).

[2]) Объ этомъ Mangin, т. I, p. 214.

[3]) Мотивы къ австрійскому у. у. с. 1873 г. говорятъ: «Проектъ стремится установить институтъ государственныхъ обвинителей такъ, чтобы они выполняли свое призваніе независимо отъ судовъ и въ то же время не имѣли бы никакой возможности посягнуть на независимость этихъ послѣднихъ» (Motivenbericht, S. 23).

жанна въ выраженіи и благородна въ существѣ дѣла, она должна въ моменты самой острой борьбы на судѣ знаменовать свойственную государству потребность безстрастія и уваженія къ личности, какъ основу его функцій. «Ненависть къ нему (преступнику) не должна проникать въ сердце судебнаго дѣятеля, хотя бы и прокурора, онъ соблюдаетъ всегда сдержанность тона, умѣренность формы, уваженіе къ личности, несмотря на унижающее ее клеймо позора», говоритъ Chaix d'est Ange [1]). Но всѣ эти требованія, истекающія изъ юридическаго анализа понятія прокуратуры, встрѣчаютъ неодолимыя противодѣйствія въ логикѣ фактовъ, ибо быть безстрастнымъ бойцомъ за то, что считаешь истиннымъ противъ лжи, едва ли возможно. Между тѣмъ, поддерживая на судѣ обвиненіе, на основаніи системы доказательствъ, собранныхъ въ стадіи предварительнаго слѣдствія, въ которомъ прокуроръ принимаетъ самое живое участіе, и въ то же время заботясь объ оправданіи подсудимаго, ему пришлось бы опровергать самого себя. Наконецъ, и человѣческая природа вліяетъ на характеръ этой борьбы, дѣлая ея остроту подчасъ особенно чувствительной для подсудимаго, почему единственнымъ основаніемъ, обусловливающимъ равенство борьбы, является созданіе совершенно полноправной и дѣятельной защиты [2]).

Глава XIX.

Разсматривая положеніе спорности въ современномъ процессѣ примѣнительно къ французскому праву, мы находимъ въ немъ общіе ему недостатки, сводящіеся къ громадному преобладанію представителя публичнаго интереса надъ правами личности подсудимаго. Касаясь вопроса постановки состязательности во французскомъ правѣ, я полагаю главнымъ образомъ необходимымъ изложить права прокурора, какъ единственнаго представителя публичныхъ интересовъ во французскомъ правѣ, ибо частный обвинитель пользуется совершенно ничтожными правами. Такой анализъ правъ прокурора окажется достаточнымъ постольку, поскольку полномочія предоставленныя ему должны быть сравниваемы съ правами защиты, какъ представителя интересовъ личности въ ея борьбѣ съ государствомъ. Насколько убѣждены во Франціи, даже серьезные изслѣдователи, во внѣшнемъ преобладаніи прокуратуры надъ интересами обвиняемаго въ процессѣ, служитъ хотя бы фактъ поразительной наивности одного изъ крупнѣйшихъ изслѣдователей процесса—Бонвиля, который объясняетъ оправданіе большого количества подсудимыхъ въ провинціи тѣмъ, что тамъ выступаетъ въ судъ помощникъ генеральнаго прокурора безъ красной мантіи, которую носитъ этотъ послѣдній. На самомъ дѣлѣ, равенство сторонъ во французскомъ процессѣ нарушается значительно болѣе глубоко, чѣмъ это даетъ чисто внѣшняя обстановка служебной формы. Уже съ самаго начала судебнаго слѣдствія прокуроръ можетъ въ своей вступительной рѣчи развернуть обвиненіе въ полномъ объемѣ, пользуясь данными предварительнаго слѣдствія. Это право французской прокуратуры, опирающееся на 315 ст. у.у. с., давно уже находило себѣ самую суровую оцѣнку во французской судебной литературѣ. Эли, напримѣръ, справедливо полагаетъ, что, пользуясь ст. 315, французскій публичный обвинитель въ

---

[1]) У Муравьева, стр. 118, 119. См. объ этомъ Эли № 3595 (Traité de l'instr. crimin. 1867 г. p. 712 и слѣд.) «Прокуроръ не долженъ терять изъ вида, что возстановленіе права есть единственная задача производимаго имъ уголовнаго преслѣдованія; обществу нужна охрана справедливаго правосудія, какъ санкція права».

[2]) Объ этомъ Фойницкій, Ж. гр. и уг. пр., № 4, 1885 г., стр. 13 и 14 и Квачевскій—цит. соч., стр. 132.

своей вступительной рѣчи усиливаетъ и сгущаетъ данныя обвинительнаго акта. Одновременно съ этимъ президентъ, на основаніи 311 статьи, дѣлаетъ унизительныя увѣщанія защитнику, который съ самаго начала ставится въ глазахъ присяжныхъ въ подозрѣніе и, такимъ образомъ, ослабляется сила его доводовъ въ дальнѣйшемъ. Слѣдуетъ прибавить къ этому, что на основаніи кассаціоннаго рѣшенія 4 августа 1855 г. прокурору предоставляется право демонстрировать на судѣ составленные имъ протоколы показаній свидѣтелей и экспертовъ, допрошенныхъ на предварительномъ слѣдствіи, если эти лица въ судъ не явились. Наконецъ, практика президентовъ, пользующихся въ допросахъ подсудимыхъ данными предварительнаго производства, освѣщая ихъ часто со стороны неблагопріятной для личности подсудимаго, дѣлаетъ очевидной проблематичность провозглашенной кодексомъ состязательной борьбы сторонъ.

Несмотря на обязательность защиты, введенной во Франціи по всѣмъ дѣламъ о преступленіяхъ и болѣе важныхъ проступкахъ и теоретически значительныхъ правахъ этой послѣдней (§§ 152, 185, 217, 294, 295), единственная возможность защитнику вліять на судъ сводится къ умѣлому заданію вопросовъ свидѣтелямъ и пледированіямъ въ заключительныхъ рѣчахъ. При этомъ не слѣдуетъ забывать, что кассаціонное рѣшеніе 19 января 1885 г. предоставляетъ право президенту приводить къ присягѣ своихъ свидѣтелей и этимъ сообщаетъ ихъ показаніямъ характеръ достовѣрности, не присвоенной имъ закономъ. Въ отношеніи свидѣтелей французское законодательство даетъ право прокурору и президенту еще терроризовать ихъ угрозой преслѣдованія за лжесвидѣтельство, такъ же, какъ и порицать дѣйствія защиты. Въ этомъ отношеніи исключительность правъ французскаго прокурора заставила Пагано въ Италіи говорить, что прокуроръ соединяетъ въ себѣ «всѣ преимущества судьи съ раздражительностью обвинителя» и находить его вліяніе опаснымъ для сохраненія справедливости въ процессѣ. Между тѣмъ нельзя забывать, по мѣткому выраженію Беранже, «что тога не талисманъ, дѣлающій лучшимъ того, кого она прикрываетъ, и судья не долженъ никакъ забывать, что онъ человѣкъ [1]). Можетъ быть, еще сильнѣе выражается въ этомъ смыслѣ Мерленъ, говоря: «Le ministère (public) est impartial; mais le ministre est corruptible; il peut être seduit et aveugle».

Необходимость борьбы въ судѣ предполагаетъ борящихся и существованіе оффиціальнаго представителя обвиненія обязываетъ къ оффиціальному же признанію защиты. Въ историческомъ шествіи черезъ вѣка защита, совпадая въ началѣ съ представительствомъ дѣлъ гражданскихъ, заняла въ современномъ намъ судѣ серьезное и отвѣтственное положеніе. Одинъ изъ виднѣйшихъ криминалистовъ міра, Карарра, называетъ ее естественнымъ правомъ человѣка и считаетъ обязательнымъ введеніе ея представительства въ оффиціальной юстиціи, какъ это сдѣлано съ прокуратурой [2]). Вслѣдъ за нимъ одинъ изъ нашихъ лучшихъ криминалистовъ Фойницкій говоритъ: «не далеко то время, когда защита во всѣхъ отношеніяхъ сравняется съ обвиненіемъ и появится защитительная власть, которая въ своихъ рукахъ сосредоточитъ защиту» [3]).

Дѣйствительно, изъ правового положенія личности въ современномъ намъ государствѣ вытекаетъ съ несомнѣнностью необходимость гарантій въ полномъ объемѣ для отстаиванія ею своихъ правъ, ибо общественное чувство солидарности требуетъ особенной заботливости со стороны общества въ отстаиваніи всѣхъ правъ своего сочлена. Часто самая полная очевидность вины указываетъ на необходимость чрезвычайнаго смягченія участи подсудимаго, а иногда и полнаго оправданія его. Уменьшеніе психической сопротивляемости, наблюдаемое все чаще въ нашъ болѣзненный вѣкъ, заста-

---

[1]) De la justice crimin. en France, p. 30.

[2]) Вульфертъ—Очеркъ изслѣдов. Франч. Карарры объ уголовн. защ., 1883 г., стр. 22.

[3]) Журн. гр. и угол. права, № 4, стр. 15, 1885 г., Защ. въ проц. угол.

вляетъ подсудимаго совершать преступное дѣяніе, которому онъ очевидно не въ силахъ сопротивляться, по старой латинской поговоркѣ video meliora proboque deteriore sequor [1]). Общество не выполнило бы обязанности, налагаемой на него узами солидарной зависимости и правовой поруки, если бы не употребило всѣхъ усилій для выясненія степени вины несчастнаго, нарушившаго какой-либо уголовный принципъ. Здѣсь, по совершенно вѣрной мысли Каррары, Беррье и другихъ представителей уголовной науки, защитникъ является уполномоченнымъ общества въ противовѣсъ представителю государства. Французскій юристъ Дюшенъ совершенно правильно указывалъ на это обстоятельство, какъ на основу необходимаго созданія правильнаго института уголовной защиты. «Человѣчность требуетъ, чтобы всякій обвиняемый имѣлъ защитника. Адвокатъ можетъ защищать кліента даже въ случаѣ признанія имъ своей вины». Въ этомъ случаѣ онъ долженъ ограничиваться указаніемъ на возможность сомнѣнія въ дѣлѣ [2]). Не логично, вводя общество въ судъ, устанавливая принципы публичности, непосредственности и устности въ предоставленіи доказательствъ, апеллируя, такъ сказать, къ нему, въ наиболѣе трудные моменты суда, предоставить личность беззащитною противъ нападенія государства, въ самый трагическій моментъ правового существованія.

Поэтому необходимость правильной организаціи защиты ведетъ къ предоставленію ей всей полноты правъ участія съ самаго перваго момента розыска, а затѣмъ на судѣ оперировать съ собранными по дѣлу доказательствами въ интересахъ подсудимаго. Необычайная важность каждаго самомалѣйшаго признака, часто косвеннаго намека въ современномъ процессѣ, для установленія его вліянія на судей, влечетъ необходимость спеціальнаго органа, разсматривающаго эти доказательства подъ опредѣленнымъ угломъ зрѣнія, именно, выгоды и интереса личности въ уголовномъ судѣ. Важность правильно поставленной судебной защиты явствуетъ сама собой, при допущеніи указаннаго выше положенія, дѣлающаго принципъ состязательности философскимъ и правовымъ основаніемъ современнаго намъ суда. Имѣя эти основныя положенія, посмотримъ, въ какомъ видѣ стоятъ стороны съ момента возбужденія уголовнаго преслѣдованія по французскому праву, ибо отъ первоначальной дѣятельности этого рода зависитъ въ сущности и раскрытіе обстоятельствъ дѣла на судѣ. Въ этомъ случаѣ прокуратура во французскомъ правѣ обладаетъ властью и по разслѣдованіи преступленія, при чемъ необыкновенно широкое пониманіе flagrant delit снабжаетъ ее несвойственными ей совершенно функціями судебной власти. По ст. 18, 29, 30, 53 и 54 французскаго кодекса, прокуроръ принимаетъ всѣ объявленія, жалобы и проч. документы, служащіе основаніемъ возбужденія уголовнаго преслѣдованія. Ему же принадлежитъ право руководить всею дѣятельностью полиціи по собиранію первоначальныхъ данныхъ по обнаруженію преступнаго дѣянія, могущихъ послужить основаніемъ къ предложенію слѣдственному судьѣ произвести предварительное производство. Ст. 34 — 40 предоставляютъ прокурору право, въ случаѣ flagrant delit, запрещать удаленіе изъ мѣстъ производства разслѣдованія всякому лицу тамъ находящемуся, до заключенія протоколовъ. Онъ можетъ совершать обыски въ помѣщеніи, возбуждающемъ подозрѣніе, и, наконецъ, задерживать подозрительныхъ лицъ. Ст. 43 и 44 предоставляютъ ему право вызова экспертовъ и привода ихъ къ присягѣ. Онъ же, по ст. 70, возбуждаетъ производство предварительнаго слѣдствія, на основаніи собраннаго матеріала [4]).

---

[1]) См. объ этомъ—Психол. изслѣдованіе въ угол. судѣ—Владиміровъ, стр. 271 и слѣд.

[2]) Duchain—De la profession d'avocat., p. 255—300. Аналогичныя мысли высказываетъ Миттермайеръ—Руков. къ судебной защитѣ по угол. дѣламъ, стр. 36, 102, 123. 1863. Петербургъ. См. тоже у Арсеньева, стр. 149 и слѣд.

[3]) Цит. соч. ч. IV, стр. 429.

[4]) «Les magistrats placés sous l'influence du gouvernement, furent armés d'un grand pouvoir; ils purent priver les citoyens de leur liberté sur les plus légers prétextes et les retenir longtemps dans les

Все сказанное доказываетъ съ очевидностью громадную власть, которою пользуется прокуроръ въ этой начальной стадіи уголовнаго преслѣдованія, могущей оказать существенное вліяніе на весь остальной ходъ производства. Если вспомнить все сказанное въ отношеніи его правъ на судебномъ слѣдствіи, станетъ яснымъ, какъ мало во французскомъ правѣ сохранено важнѣйшее начало современнаго суда, называемое равенствомъ сторонъ. Въ то же время обстановка предварительнаго слѣдствія, ставящая центральнымъ пунктомъ своихъ усилій допросъ обвиняемаго и самое широкое выясненіе обстоятельствъ его частной жизни, еще усугубляетъ горечь положенія послѣдняго. Сознаніе этихъ недостатковъ заставило французское законодательство, начиная съ 70 годовъ XIX вѣка, мечтать о реформѣ. Во французской литературѣ научная мысль обрушилась прежде всего на недостатки предварительнаго слѣдствія. Его справедливо считали типичнымъ представителемъ стараго инквизиціоннаго суда, и Эди имѣлъ право воскликнуть: «нашъ кодексъ не воспроизвелъ въ своемъ составѣ ни одного изъ положеній двухъ предшествующихъ ему законодательствъ и если, повидимому, онъ усвоилъ начала стараго законодателства, онъ не проникся ими совершенно». Въ 1879 году коммисія сенатора ле Руайе представила въ палату проектъ реформы кодекса въ 114 статьяхъ; проектъ этотъ былъ принятъ сенатомъ въ 1882 г. къ разсмотрѣнію, но разсмотрѣніе не было окончено. Только 8 декабря 1897 года появился, наконецъ, въ видѣ закона, отрѣзокъ этой обширной реформы, вводящій защиту въ стадіи предварительнаго слѣдствія.

Весь законъ состоитъ изъ 14 статей, важнѣйшая изъ которыхъ 3 устанавливаетъ право обвиняемаго въ тяжкомъ преступленіи, при первой же явкѣ къ слѣдователю, на избраніе себѣ защитника, или если обвиняемый таковаго не имѣетъ, то обязательнаго назначенія его изъ состава мѣстныхъ адвокатовъ, по требованію предсѣдателя суда. Далѣе, законъ 8 декабря устанавливаетъ обязательный допросъ обвиняемаго не позже 24 часовъ послѣ задержанія, при чемъ обвиняемому слѣдственный судья обязанъ указать его право не отвѣчать на вопросы. 8 статья предоставляетъ право судебному слѣдователю воспрещать обвиняемому общеніе съ посторонними лицами въ теченіе первыхъ 10 дней послѣ задержанія и допускаетъ возможность продолженія этого срока до 20 дней, но не болѣе. Однако же, очныя ставки и допросы обвиняемаго не могутъ происходить иначе, какъ въ присутствіи защитника. 10 статья обязываетъ слѣдователя сообщать защитнику каждое свое постановленіе немедленно, а наканунѣ допроса обвиняемаго все производство по дѣлу должно быть предоставлено въ распоряженіе защитника.

Въ то же время, по французскому обычаю, рядомъ съ правилами ставятся исключенія, которыя ихъ уничтожаютъ. Защитникъ, напримѣръ, пользуется правомъ слова не иначе, какъ съ разрѣшенія слѣдственнаго судьи. Въ довершеніе этого обстоятельства, статья 7 предоставляетъ слѣдователю право, въ случаѣ опасности уничтоженія уликъ и при наличности чрезмѣрно широкаго понятія явнаго преступленія, производить допросы обвиняемаго и внѣ присутствія защитника. Законъ оказался столь неяснымъ, что его пришлось пояснять уже 10 января 1898 года спеціальными инструкціями министерства, а исключенія, уничтожившія правила, сдѣлали его мертвой буквой. Среди французскихъ адвокатовъ, вслѣдствіе совершенно пассивнаго участія защиты, въ стадіи предварительнаго слѣдствія наблюдалось стремленіе отказаться отъ участія въ производствѣ, при чемъ нерѣдко адвокаты убѣждали обвиняемаго въ его интересахъ отказаться отъ приглашенія защитника [1]). Такимъ образомъ, изъ изложеннаго видно, что

---

fers sans les mettre en jujement; leur autorité inquisitoriale n'eut point de limites, et les moyens de découvrir la vérité furent abandonnés à leur prudence discrétionnaire» Beranger цит. соч., p. 3.

[1]) См. объ этомъ—La reforme d'instruction préalable commentaire de la loi du 8 décembre 1897 par Brégeaut et Albanel, p. 81 и слѣд.

типъ французскаго законодательства не могъ удовлетворить сколько-нибудь правильному воззрѣнію на обязательное соблюденіе принципа равенства сторонъ, являющагося основой обвинительнаго процесса. Уже въ мотивахъ ст. 2 австрійскаго у. у. с. 1873 г. говорится, что французское законодательство не можетъ служить въ этомъ отношеніи примѣромъ [1]).

Въ мотивахъ къ австрійскому у. у. с., бывшему во многихъ отношеніяхъ образцомъ для германскаго, основаніе введенія прокуратуры было изложено слѣдующими словами: «чтобы охраненіе общественныхъ интересовъ по преслѣдованію преступленій было ввѣрено государственнымъ обвинителямъ и при томъ имъ однимъ, чтобы возбужденіе уголовнаго преслѣдованія и обвиненія не могло исходить отъ суда и чтобы старое правило Wo kein Klager ist auch kein Richter снова получило свою силу» [2]). Эти же соображенія были и у составителей германскаго у. у. с., гдѣ положеніе прокурора опредѣляется тѣми же началами. Въ германскомъ у. у. с. права обвиняемаго значительно шире, чѣмъ во французскомъ кодексѣ, и ст.ст. 238, 239, 147, 148, 291—293, 222—224, 136, 164, 242 дѣлаютъ его личность достаточно охраненной въ состязательной борьбѣ сторонъ въ производствѣ слѣдствія. Точно также ст. 160, ч. II, 178 и 200 германскаго у. у. с. расширяютъ права суда провѣрять заявленія прокуратуры, и, такимъ образомъ, благодаря этому, послѣдняя далеко не является полновластной распорядительницею въ сферѣ изысканія доказательствъ, какъ это мы наблюдаемъ во французскомъ судопроизводствѣ. Что касается права на гуманность, то и оно обставлено въ германскомъ уставѣ лучше и полнѣе. Ст. 338 предоставляетъ прокурору право требовать измѣненія или отмѣны приговора и въ пользу обвиняемаго. А статьи 377 и 378 сужаютъ право прокурора въ отношеніи способовъ обжалованія приговора, предоставляя, въ то же время, нѣкоторыя преимущества обвиняемому въ матеріальныхъ поводахъ къ кассаціи приговора. Принимая за основаніе дѣятельности прокурора начало законности, заключающееся въ ст. 152 германскаго устава, также какъ это находится и въ бывшемъ въ этомъ отношеніи образцомъ французскаго у. у. с., предѣлы частнаго обвиненія суживаются до минимума [3]). Уставъ, такимъ образомъ, отводитъ прокурору широкое участіе по собранію первоначальныхъ доказательствъ и въ ст.ст. 98, 100, 105, 127, 131 и 159 признаетъ за прокуроромъ право производства обысковъ, выемокъ, задержанія преступниковъ и даже ареста подозрѣваемыхъ лицъ. Хотя ст. 98 и устанавливаетъ право прокурора производить такого рода дѣйствія лишь подъ опасеніемъ замедленія въ производствѣ, но, предоставляя оцѣнку этого обстоятельства самому прокурору, оно этимъ самымъ допускаетъ самое широкое примѣненіе мѣръ, общимъ образомъ опредѣленныхъ ст. 159, какъ «разслѣдованія всякаго рода», за исключеніемъ допроса подъ присягой. Наконецъ, чрезвычайно значительныя премущества прокурора въ отношеніи опредѣленія правъ подсудимаго судиться высшимъ судомъ установлены ст. 75 п. 15, предоставляющей право прокурору предлагать, по нѣкоторымъ родамъ преступныхъ дѣяній, довольно значительнымъ въ числѣ,—перенесеніе дѣла изъ вѣдомства окружныхъ судовъ въ вѣдѣніе мировыхъ судей. Таковыми являются преступленія, начиная отъ политическихъ, въ видѣ сопротивленія властямъ, кончая нарушеніемъ частной собственности и даже преступленіями, преслѣдуемыми въ порядкѣ частнаго обвиненія.

Но положеніе обвиняемаго въ предварительномъ слѣдствіи германскимъ уставомъ поставлено сравнительно гораздо болѣе удовлетворительно, нежели во французскомъ уставѣ. Въ объяснительной запискѣ къ проекту германскаго устава цѣль допроса на

---

[1]) Объ этомъ же—мотивы къ ст. 45 австрійскаго у. у. с.

[2]) Motivenb., S. 11.

[3]) Ст. 170 и 435 у. у. с.

предварительномъ слѣдствіи [1]) указывается какъ единственное стремленіе къ доставленію обвиняемому «возможности къ оправданію и устраненію собранныхъ противъ него уликъ». Затѣмъ далѣе, касаясь допроса обвиняемаго въ современномъ процессѣ, объяснительная записка говоритъ: «приведенныя разъясненія цѣли допроса и запрещенія внушать подсудимому, что онъ обязанъ показывать правду, должны служить достаточнымъ обереганіемъ права обвиняемаго на огражденіе его отъ неумѣстныхъ внушеній». Эти же принципы по даннымъ объяснительной записки должны служить руководствомъ для допроса подсудимаго на главномъ производствѣ. Проектъ устава шелъ дальше; предположено было внести въ правила судебнаго слѣдствія замѣну чтенія обвинительныхъ актовъ, составленныхъ по французскому образцу, демонстраціей на судѣ лишь опредѣленія о преданіи суду обвиняемаго. Эти положенія, однако, не нашли себѣ мѣста въ дѣйствительной жизни, и въ ст. 256 дѣйствующаго германскаго устава всѣ эти пожеланія свелись къ установленію обязательнаго предложенія, послѣ представленія каждаго доказательства, предлагать подсудимому вопросъ—не желаетъ ли онъ дать какія-либо объясненія по этому поводу [2]). Ст. 142 предоставляетъ право назначенія защитника во время предварительнаго производства, но дѣлаетъ ее обязательнымъ установленіемъ лишь въ нѣкоторыхъ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ ст. 140. По этой ст. назначеніе защиты обязательно въ періодѣ предварительнаго слѣдствія по дѣламъ о малолѣтнихъ или физически несовершенно организованныхъ лицахъ или въ случаяхъ преступленій подсудныхъ судамъ присяжныхъ, по требованію обвиняемаго, или его представителя. Сопоставленіе ст. 140 со ст. 81 и ст. 199 даетъ право вывести заключеніе, что обязательное назначеніе защиты въ предварительномъ слѣдствіи не имѣетъ мѣста и наступаетъ лишь съ момента врученія обвинительнаго акта.

Но добровольная защита имѣетъ сравнительно широкія права. Ст. 147 предоставляетъ защитнику обвиняемаго право знакомиться съ мнѣніемъ экспертовъ, присутствовавшихъ при допросѣ обвиняемаго, и вообще разсматривать акты производства, а п. 2 той же ст. предоставляетъ право защитнику знакомиться и съ протоколомъ свидѣтельскихъ показаній, но все это снабжается придаткомъ совершенно дискреціоннаго усмотрѣнія судебнаго слѣдователя, что дѣлаетъ положеніе защиты очень шаткимъ. Допущеніе защитника видѣться съ обвиняемымъ наединѣ, предусмотрѣнное закономъ, на практикѣ, по словамъ Леве, обходятъ включеніемъ судебнаго слѣдователя въ постановленіи о задержаніи иныхъ мотивовъ, помимо препятствія обвиняемому въ побѣгѣ. Точно также ст. 192 предоставляетъ право слѣдственному судьѣ не допускать обвиняемаго къ присутствованію на допросѣ свидѣтелей, если онъ опасается, что свидѣтель не скажетъ правды. Ст. 193 предоставляетъ безусловное право обвиняемому приглашать своихъ экспертовъ, но въ силу общаго дискреціоннаго права слѣдователя не увѣдомлять защитника о важнѣйшихъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ самое появленіе ихъ, чрезвычайно важное, можетъ послѣдовать слишкомъ поздно, когда часть уликъ уже пропадетъ.

Такимъ образомъ видно, что защита, введенная на предварительномъ слѣдствіи, далеко не уравниваетъ стороны, и слѣдственный судья все еще очень подходитъ къ сравненію, сдѣланному Феербахомъ, съ деспотомъ, отъ усмотрѣнія котораго зависятъ важнѣйшія права личности обвиняемаго. Въ главномъ производствѣ положеніе личности много обезпеченнѣе. Статьи 205 и 242 устава не содержатъ требованія о составленіи обвинительнаго акта по французскому образцу, ограничиваясь предложеніемъ прочтенія постановленія о преданіи суду, не содержащаго въ себѣ подробнаго изложенія дѣла.

---

[1]) Стр. 79 и 80.

[2]) Германская доктрина, въ лицѣ нѣкоторыхъ видныхъ представителей, даже полагала, что вся 136 ст. устава направлена къ огражденію интересовъ личности, ибо она гласитъ о сообщеніи уликъ, имѣющихся противъ обвиняемаго, и предоставленіи ему возможности къ оправданію, но, не смотря на все это, положеніе защиты въ стадіи предварительнаго слѣдствія въ Германіи очень неопредѣленно.

Такимъ образомъ, возможность пользованія данными предварительнаго слѣдствія, которое часто примѣняетъ французская прокуратура въ германскомъ судѣ, очень затруднена. Статья 226 предоставляетъ право призыва къ представительству на судѣ неограниченнаго количества защитниковъ, также какъ и прокуроровъ, хотя обязательное присутствіе защитника по этой статьѣ требуется не всегда въ противовѣсъ обязанности непрерывнаго присутствія прокурора. Въ отводѣ судей права сторонъ совершенно равны и предоставленіе возможности прокурору высказывать свое мнѣніе первымъ, согласно ст. 283, не существенно.

Точно также стремленіе закона оградить личность подсудимаго отъ настойчивыхъ домогательствъ прокурора видно изъ разрѣшенія допрашивать подсудимаго непосредственно одному лишь предсѣдателю, что выгодно отличаетъ германскій процессъ отъ французскаго и даже австрійскаго устава. Права сторонъ уравниваются также статьями 245 и 243. Изъ сопоставленія статей 178, 184 и 240 у. у. с. видно также полное подчиненіе прокурора распорядительной власти предсѣдателя, что вмѣстѣ съ ограниченіями перекрестнаго допроса, очень не полно проводимаго ст. 238, даетъ возможность защитѣ быть болѣе обезпеченной въ противопоставленіи своихъ аргументовъ прокуратурѣ. Изъ всего сказаннаго выше можно заключить, что обстановка судебнаго слѣдствія болѣе благопріятна для обвиняемаго. Но принимая во вниманіе глубокое нарушеніе началъ устности, о которомъ я говорилъ выше, очень почтенная роль протокола предварительнаго слѣдствія, фигурирующаго на судѣ, дѣлаетъ положеніе подсудимаго, въ конечномъ счетѣ, далеко не равнымъ, въ сравненіи съ оффиціальнымъ представителемъ государства.

Въ отечественномъ правѣ начало состязательности устанавливается въ статьяхъ 622, 640, 682, 687, 688, 692, 695, 719, 721, 842, 843, 844, 654, 683, 703, 577, 630, 631 и 632, при чемъ послѣдняя содержитъ нѣкоторыя преимущества обвиняемаго, предоставляя ему право послѣднихъ объясненій, по каждому спорному вопросу, возникающему въ судѣ. Эти положенія совершенно соотвѣтствуютъ требованіямъ доктрины, въ которой подъ равенствомъ сторонъ въ процессѣ разумѣется предоставленіе этимъ послѣднимъ одинаковыхъ полномочій въ собираніи и представленіи на судъ необходимыхъ имъ по дѣлу доказательствъ, а затѣмъ совершеннаго равенства въ правахъ по установленію силы ихъ судебной достовѣрности въ періодъ судебнаго слѣдствія. Мотивы къ дѣйствующему уставу такимъ именно образомъ опредѣляли понятіе равенства сторонъ. «Начало судебной состязательности сторонъ требуетъ единственно, чтобы по всѣмъ свѣдѣніямъ, относящимся къ дѣлу, сторонамъ была предоставлена возможность судебной состязательности», говорится въ объяснительной запискѣ къ дѣйствующему уставу. Входя въ обсужденіе положенія прокурора, въ отношеніи къ выясненію степени виновности подсудимаго, авторы объяснительной записки высказались въ очень значительномъ числѣ (21 членъ коммисіи—за необходимость предоставленія совершенно равныхъ правъ защитѣ) [1]). Изъ приведенной цитаты записки видно, что авторы дѣй-

[1]) «Нельзя согласиться съ тѣмъ, что прокуроръ, какъ представитель закона, не можетъ быть сравниваемъ съ увлекаемымъ страстью обвинителемъ. Вездѣ, гдѣ принята система оффиціальнаго обвиненія, существуютъ пышныя, громкія правила о безпристрастіи прокуроровъ, объ одинаковомъ розыскѣ ими какъ доказательства вины, такъ и невиновности, объ охраненіи интересовъ не только общества, но и привлекаемыхъ къ суду. Однако мы видимъ, къ сожалѣнію, что эти благодѣтельныя, по цѣли своей, правила остаются только въ словахъ закона. На дѣлѣ же они не примѣняются, да и примѣнимы быть не могутъ, ибо законъ всегда будетъ безсиленъ въ измѣненіи природы человѣческой: человѣкъ постоянно обвиняющій, постоянно преслѣдующій преступленія, поневолѣ становится одностороннимъ, поневолѣ увлекаясь своей обязанностью обвинителя, поэтому система оффиціальнаго обвиненія имѣетъ очень много противниковъ. Если же оффиціальное обвиненіе признать необходимымъ, единственное средство огражденія частныхъ лицъ отъ напраснаго стѣсненія заключается въ предоставленіи обвиняемому полнаго права защиты». Объ этомъ Объясн. зап., стр. 30—35, 239 и 249.

ствующаго устава вполнѣ оцѣнивали необходимость введенія состязательнаго начала въ полномъ объемѣ. Они же были проникнуты величайшей гуманностью къ личности подсудимаго, ибо въ 673 статьѣ проекта, не вошедшей въ дѣйствующій уставъ, требовалось, чтобы рѣчь прокурора не возбуждала непріятныхъ къ подсудимому чувствъ. Признавая равенство сторонъ въ принципѣ, нашъ уставъ, однако, содержитъ нѣкоторыя отклоненія отъ него, весьма иногда существенныя, которыя не способствуютъ полному уравненію въ правахъ борящихся сторонъ. Наиболѣе существенныя изъ нихъ и нуждаются въ разборѣ.

Изъ сопоставленія ст. 520 п. IV и 678 у. у. с. видно, что чтеніе обвинительнаго акта можетъ вводить, до всякихъ объясненій подсудимаго на судебномъ слѣдствіи, многіе выводы данныхъ слѣдствія предварительнаго, вліяніе которыхъ на судьбу подсудимаго можетъ быть чрезвычайно велико. Рѣшеніе Сената 1868/829, опирающееся на толкованіе 454 ст. устава, находитъ возможнымъ помѣщать въ обвинительномъ актѣ даже свѣдѣнія, характеризующія только личность подсудимаго, а это обстоятельство открываетъ широкую возможность вліять на судъ данными, опровергать которыя защитнику окажется подчасъ очень трудно. Вслѣдствіе этого можетъ случиться, что исходъ приговора будетъ предрѣшенъ въ самомъ началѣ. Если вспомнить, что, согласно рѣшеніямъ Сената 1871/1266, 1870/533 и др., стороны могутъ черпать содержаніе своихъ заключительныхъ рѣчей только изъ данныхъ судебнаго слѣдствія, а въ рѣшеніяхъ 1870/291, 1871/1178, 1884/29 и др. Сенатъ призналъ, что односторонность, неправильность и неполнота обвинительной рѣчи не служатъ основаніемъ къ кассаціи,— станетъ понятна чрезвычайная затруднительность подсудимаго и защиты въ парированіи впечатлѣній, получаемыхъ изъ содержанія обвинительнаго акта, являющагося вступительнымъ аккордомъ въ общую симфонію процесса. Кромѣ того, Сенатъ призналъ, что сторона не имѣетъ права дѣлать замѣчаній по поводу свѣдѣній, заключающихся въ обвинительномъ актѣ (1868/388). Это же впечатлѣніе, неблагопріятное подсудимому, можетъ еще укрѣпиться на основаніи правъ, предоставленныхъ прокурору 573 статьей [1]).

Затѣмъ изъ сопоставленія статей 573—575 вытекаетъ значительное преимущество прокурора, имѣющаго право безконтрольнаго вызова свидѣтелей къ судебному засѣданію, чего не допускается въ отношеніи подсудимаго. Тутъ сказалось недовѣріе законодательства къ функціямъ защиты, которое расходится съ принципомъ, провозглашеннымъ въ ст. 630. Въ объяснительной запискѣ къ проекту уст. 1864 г. [2]) мы читаемъ по этому поводу: «Безусловное уравненіе правъ прокурора и подсудимаго, касательно вызова къ судебному слѣдствію тѣхъ лицъ, о допросѣ которыхъ на судѣ стороны предъявляютъ свои требованія, невозможно по той причинѣ, что отношеніе ихъ къ дѣлу не во всемъ между собою сходно. Прокуроръ есть обличитель преступленія во имя закона, видамъ котораго осужденіе невиннаго еще болѣе противно, чѣмъ оправданіе виновнаго. Поэтому цѣлью всѣхъ его дѣйствій является раскрытіе истины». Стоитъ вспомнить приведенный выше взглядъ 21 члена объяснительной записки на возможность увлеченія прокурора, и станетъ очевидно, что въ средѣ самой коммисіи мнѣніе это далеко не раздѣлялось всѣми ея членами и возбуждало основательныя сомнѣнія. Между тѣмъ, домогательство подсудимаго по вызову свидѣтелей, могущее казаться неосновательнымъ суду, можетъ имѣть рѣшающее значеніе для подсудимаго, ибо часто ему страшно не качество, а количество уликъ, собранныхъ и подтвержденныхъ свидѣтелями прокурора, опроверженіе которыхъ на основ. ст. 573 окажется для него недоступнымъ.

---

[1]) Объ этомъ Арсеньевъ—Судеб. слѣдств., стр. 74—77.

[2]) Стр. 286—287.

Кромѣ того, мотивы къ ст. 573, въ дальнѣйшемъ, высказываютъ совершенно опредѣленно недовѣріе защитѣ, а это является уже не логичнымъ, ибо провозглашая равенство ея съ обвиненіемъ, какъ основное начало, не остается другого исхода, какъ признать ее такимъ же государственнымъ институтомъ, какъ и обвиненіе, и оказывать въ отношеніи ея ту же презумпцію закономѣрности, какую дѣлаетъ законъ въ отношеніи къ прокурору [1]). Въ заключеніе слѣдуетъ сказать, что въ отношеніи прокурора самая власть предсѣдателя значительно болѣе ограничена, нежели власть его, касающаяся дѣятельности защиты. Ст. 745, по тону и характеру ея увѣщанія очень близкая къ ст. 311 французскаго устава, справедливо осуждаемой всѣми криминалистами, предоставляетъ предсѣдателю громадную и совершенно дискреціонную власть надъ заключительнымъ словомъ защиты, не имѣетъ даже малѣйшей аналогіи въ отношеніи прокурора. Между тѣмъ Сенатъ сузилъ еще болѣе слово защитника въ цѣломъ рядѣ рѣшеній. Таковы рѣшенія 1868/577, 1871/1381 и др. На основаніи ихъ защитникъ не можетъ упоминать объ обстоятельствахъ, не бывшихъ на судебномъ слѣдствіи, не можетъ нарушать уваженіе къ должностнымъ лицамъ, участвующимъ въ производствѣ дѣла, не можетъ предпринимать оцѣнки ихъ дѣятельности и т. д. Совсѣмъ не то видимъ мы въ отношеніи прокурора. Предсѣдатель не только лишенъ права воздѣйствовать на характеръ его рѣчи, но, какъ разъяснилъ Сенатъ 1870/756, даже разбирать его рѣчь въ своемъ заключительномъ словѣ не можетъ. Въ этомъ отношеніи разница съ положеніемъ англійскаго судьи—полновластнымъ истолкователемъ фактовъ судебнаго производства—громадна. Затѣмъ, какъ указалъ на это обстоятельство проф. Чебышевъ, по рѣшенію Сената 1869/974, предсѣдатель суда обязанъ приглашать прокурора высказаться по всѣмъ вопросамъ въ дѣлѣ, требующемъ его заключенія, какъ представителя закона, даже если онъ этимъ правомъ своимъ не пользуется. Напротивъ, въ отношеніи подсудимаго предсѣдатель нисколько не обязанъ напоминать о его правахъ, упущеніе которыхъ можетъ повлечь для него весьма печальныя послѣдствія [2]). А если принять во вниманіе, что по дѣйствующему уставу назначеніе защиты не обязательно (ст. 566) [3]) и, по рѣшенію Сената 1870/135, самая неудачная защита не служитъ поводомъ къ кассаціи приговора, то выводъ о преимуществахъ, въ этомъ отношеніи, обвинителя надъ защитникомъ станетъ вполнѣ доказательнымъ.

Наконецъ, слѣдуетъ обратить вниманіе на заключительное слово предсѣдателя, предусмотрѣнное въ нашемъ уставѣ въ 801 статьѣ. Резюме встрѣчаетъ сильныхъ противниковъ въ юридической литературѣ. Къ нимъ принадлежатъ Гнейстъ, Феербахъ [4]), Ливингстонъ, у насъ професс. Владиміровъ [5]). Наиболѣе сильные доводы были изложены извѣстнымъ составителемъ кодекса для Нью-Іорка, Ливингстономъ. Въ своихъ мотивахъ къ проекту у. у. с. для этого штата, послужившаго впослѣдствіи образцомъ для многихъ законодательныхъ собраній соединенныхъ штатовъ, Ливингстонъ говоритъ: «резюме предсѣдателя очень вредно отзывается на присяжныхъ, сообщая имъ односторонній взглядъ судьи, невольно при оцѣнкѣ доказательствъ принимающаго какую-либо сторону». На этомъ основаніи, онъ считаетъ возможнымъ оцѣнивать доказательства со стороны президента лишь по спорнымъ между присяжными вопросамъ [6]). Эти сообра-

---

[1]) См. указаніе на высок. политич. знач. равенства сторонъ у Случевскаго. Учебникъ, стр. 72.

[2]) Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 613.

[3]) Ст. 509 проекта устава 1863 г. требовала обязательнаго назначенія защитника, при неимѣніи у подсудимаго таковаго.

[4]) Цит. соч., 353—367.

[5]) Судъ присяжн., стр. 236.

[6]) «Судью, говоритъ проектъ, не должно ставить въ такое положеніе, чтобы онъ обнаруживалъ какое либо пристрастіе. Онъ долженъ быть органомъ, посредствомъ котораго выражается священная воля закона; только такой безпристрастный голосъ заслуживаетъ вниманія и уваженія. Если судья будетъ поставленъ въ

женія, по моему, совершенно справедливы и въ странахъ съ наиболѣе развитой властью предсѣдателя сама практика привела къ мысли суженія права resumé. Во Франціи, гдѣ власть предсѣдателя совершенно исключительна, въ сравненіи со всѣми иностранными кодексами, законъ 19 іюня 1881 года отмѣнилъ резюме, которымъ ранѣе предсѣдатель почти всегда оказывалъ давленіе на судей подборомъ фактовъ, неблагопріятныхъ подсудимому [1]).

Въ мотивахъ къ ст. 801, составители нашего устава такъ излагали основаніе предсѣдательскаго резюме: «объясненія предсѣдателя суда имѣютъ главное назначеніе способствовать присяжнымъ засѣдателямъ уяснить себѣ сущность дѣла, обратить ихъ вниманіе на тѣ обстоятельства, которыя могутъ имѣть вліяніе на разрѣшеніе предложенныхъ имъ вопросовъ, и предохранить ихъ отъ всякихъ увлеченій въ обвиненіи или оправданіи подсудимаго [2]). Но еще болѣе убѣдительны въ пользу отмѣны резюме, по моему, соображенія иного рода, примѣненныя къ нашему законодательству. Принимая во вниманіе очень значительныя ограниченія права предсѣдателя разбирать основанія рѣчи прокурора, въ которой группируются наиболѣе сильныя доказательства обвиненія (объ этомъ выше), ясно, что этимъ логически создается превосходство доводовъ обвиненія, отчего интересы истины могутъ только пострадать [3]). Поэтому, по моему мнѣнію, изъ постановленій ст. 801 соотвѣтствуетъ правильной постановкѣ вопроса о равенствѣ сторонъ въ процессѣ лишь оставленіе 1 пункта ст. 801 и исключеніе пункта 2-го. Но разсмотрѣніемъ дѣла на судѣ не ограничивается право сторонъ въ формированіи данныхъ для установленія основаній судебнаго приговора. Къ моменту разбора дѣла на судѣ въ условіяхъ нашей судебной обстановки торсъ дѣла вчернѣ оказывается вполнѣ готовымъ. Факты уже сгруппированы, выводы обозначены, извѣстныя группы идей пущены въ ходъ и остается только живымъ рѣчамъ сторонъ прогремѣть надъ этимъ мертвымъ міромъ, чтобы онъ загорѣлся яркими красками жизни. Поэтому въ нашемъ процессѣ особенно важно установленіе защиты именно съ момента возбужденія предварительнаго слѣдствія, а между тѣмъ у насъ эта важнѣйшая часть процесса ведется совершенно инквизиціоннымъ путемъ. Лучшіе наши процессуалисты—давно уже высказались за введеніе защиты на предварительномъ слѣдствіи. Профессора Случевскій, Даневскій, Фойницкій, Александровъ и др. настоятельно указывали на необходимость для соблюденія равенства сторонъ введенія защиты съ момента предварительнаго производства [4]).

Въ этомъ отношеніи дѣйствительно нѣтъ ни малѣйшаго сомнѣнія, что наше законодательство, въ важнѣйшій моментъ процесса—собранія доказательствъ для

необходимость высказывать мнѣніе о результатѣ преній, онъ потеряетъ значеніе судьи и будетъ имѣть вредное вліяніе. Вслѣдствіе этого, судья не долженъ высказывать мнѣніе о представленныхъ доказательствахъ и обязанъ ограничиваться изложеніемъ постановленій закона».

[1]) См. объ этомъ Сюэссъ цит. соч., стр. 392.

[2]) Объясн. зап., стр. 294.

[3]) Интересны пренія объ этомъ въ Петербургскомъ юридическомъ обществѣ въ засѣданіи 21 мая 1877 г. Профессоръ Владиміровъ полагалъ, на основаніи толкованія ст. 801, что законъ не раздѣлилъ у насъ дѣятельности присяжныхъ на фактическій и юридическій составы дѣянія. Къ нему примкнулъ и Стояновскій, сопоставляя ст. 801 и ст. 754. Неклюдовъ въ томъ же засѣданіи настаивалъ на томъ, что заключительное слово предсѣдателя не можетъ считаться, по нашему законодательству, существенною частью процесса, а потому искаженіе имъ обстоятельствъ дѣла поводомъ кассаціи служить не можетъ. Спасовичъ высказался совершенно обратно.

[4]) «Для жизненнаго осуществленія этого принципа, не достаточно признать равенство въ правахъ сторонъ, а нужно, чтобы оно проявлялось и въ равенствѣ средствъ ихъ дѣйствія. Между тѣмъ препятствіемъ для осуществленія его является организація предварительнаго слѣдствія, не знающаго этого принципа, такъ какъ у насъ не существуетъ даже сторонъ въ этомъ періодѣ процесса».

Случевскій, учебникъ, стр. 73. Фойницкій, т. II, стр. 388 и слѣд.

судебнаго слѣдствія—знаетъ обвиняемаго только какъ объектъ слѣдовательской дѣятельности. Прежде всего крупнѣйшимъ отличіемъ нашего предварительнаго слѣдствія отъ иностраннаго является его, такъ сказать, универсальность, расширяющая сферу его дѣятельности на весь горизонтъ обстоятельствъ каждаго дѣла, подлежащаго изслѣдованію. Жалоба потерпѣвшаго и предложеніе прокурора не кладутъ никакихъ граней для дѣятельности нашего судебнаго слѣдователя и въ то же время наше слѣдствіе, въ отличіе отъ иностраннаго предварительнаго производства, необозримо по своему внутреннему составу. Тогда какъ въ германскомъ процессѣ слѣдствіе имѣетъ назначеніемъ лишь уяснить возможность преданія суду, наше судебное слѣдствіе зондируетъ всю толщу преступной дѣятельности, доходя до самаго глубокаго основанія преступныхъ фактовъ [1]). Мысль эта находитъ себѣ подтвержденіе въ разсужденіяхъ составителей дѣйствующаго устава о значеніи предварительнаго слѣдствія: «въ важныхъ преступленіяхъ, подлежащихъ вѣдомству присяжныхъ, должны быть изысканы всѣ обстоятельства, могущія служить подкрѣпленіемъ или разъясненіемъ представленныхъ сторонами доказательствъ, чего можно достигнуть только при производствѣ предварительнаго слѣдствія» [2]). Недостаточно обезпечивая самостоятельность дѣйствій судебнаго слѣдователя (ст. 205 учр. суд. уст. и 227), отдавая слѣдствіе подъ контроль прокурора (ст. 281, 278 и др.), законъ, статьей 265, предъявляетъ къ нему совершенно неосуществимую задачу—быть одновременно и обвинителемъ, и защитникомъ лица, подъ непрерывнымъ давленіемъ обвиненія въ лицѣ прокурора.

Прибавивъ къ этому идеальныя требованія, какія по справедливости предъявлялись къ слѣдователю съ самаго начала въ нашей литературѣ [3]), требующія такихъ качествъ лица, которыя вообще исключительно трудно встрѣтить, и неудачную организацію у насъ института слѣдователей, можно понять, какъ далека наша процедура предварительнаго слѣдствія отъ идеала состязательнаго суда. Наши судебные слѣдователи назначаются изъ самыхъ молодыхъ судебныхъ дѣятелей, и это конечно крайне неблагопріятно отражается на положеніи у насъ подсудимаго въ стадіи предварительнаго производства. Въ то же время личность подсудимаго въ дѣлѣ предоставленія необходимыхъ доказательствъ по дѣлу не обезпечивается совершенно. Грозныя положенія, содержащіяся въ этомъ смыслѣ въ ст. 449, дѣлаютъ изслѣдованіе обстоятельствъ, приводимыхъ лицомъ въ свое оправданіе, совершенно зависимыми отъ произвола судебнаго слѣдователя, а ст. 446, въ самый важный моментъ первоначальнаго допроса, предоставляетъ право слѣдователю совершенно устранить личность обвиняемаго отъ присутствія при показаніяхъ свидѣтелей. Если прибавить къ этому, что принесеніе жалобы по дѣлу (ст. 491), согласно ст. 500, не останавливаетъ производства, а иногда каждая минута промедленія дѣлаетъ положеніе обвиняемаго все ухудшающимся, то будетъ ясно полное несоотвѣтствіе началу состязательности этой стадіи нашего процесса и преобладаніе обвиненія надъ интересами матеріальной защиты. Въ мотивахъ къ ст. 274 [4]) мы находимъ правильную оцѣнку положенія вещей, которую даютъ авторы устава, называя власть слѣдователя и прокурора въ нѣкоторомъ отношеніи дискреціонной. Помимо всего, дѣятельность односторонняго направленія закона, отклонившагося у насъ въ пользу обвиненія, какъ это видно изъ предыдущаго, устанавливала тѣмъ самымъ естественную склонность слѣдователя заботиться прежде всего о данныхъ обвиненія, мало принимая во вниманіе интересы защиты. Профессоръ Данев-

---

[1]) У насъ въ литературѣ особенно настойчиво указывается на затрудненія, вытекающія для суда при оцѣнкѣ данныхъ предварительнаго слѣдствія въ главномъ производствѣ (Чебышевъ-Дмитріевъ—цит. соч., стр. 439).

[2]) Объ этомъ объясн. зап., стр. 259 и 260.

[3]) Объ этомъ Квачевскій, ч. III, стр. 35—37 (Даневскій—Наше предварит. слѣдствіе, стр. 7—8, 1895)

[4]) Уст. изд. Государственной Канцеляріи.

скій полагаетъ даже, что умный и энергичный слѣдователь у насъ фатально долженъ превратиться въ хорошаго сыщика, обращающагося съ обвиняемымъ, какъ съ завѣдомо виновнымъ [1]).

Въ виду этого, введеніе начала состязательности, въ нашемъ предварительномъ слѣдствіи, является существенно необходимымъ, ибо только тогда положеніе личности въ процессѣ будетъ достаточно охранено. Наконецъ, если вспомнить указанія такихъ выдающихся знатоковъ дѣла, какимъ является Каррара, что иногда защитникъ на судѣ одерживаетъ блистательныя побѣды вслѣдствіе недостатковъ предварительнаго слѣдствія, то будетъ ясно, насколько полезенъ институтъ формальной защиты, введенный на предварительномъ слѣдствіи, для публичныхъ интересовъ [2]). Мысль о введеніи защиты на предварительномъ слѣдствіи была въ виду у насъ съ самаго начала судебной реформы, и графъ Панинъ даже предлагалъ допустить къ присутствію при слѣдственныхъ дѣйствіяхъ депутатовъ отъ сословія, къ которому принадлежитъ обвиняемый. Мысль эта была отвергнута ввиду того, что старый порядокъ зналъ уже существованіе такихъ сословныхъ понятыхъ, и результаты судебной дѣятельности были все же очень печальны. Точно также составители дѣйствующаго устава предлагали ввести защиту на предварительномъ слѣдствіи [3]). Положенія эти также не получали практическаго осуществленія ввиду сильной оппозиціи, которую встрѣтила мысль авторовъ проекта среди видныхъ тогдашнихъ судебныхъ дѣятелей. Въ замѣчаніяхъ на проектъ, 23 сенатора высказали опасенія за судьбу правосудія, опасаясь недобросовѣстности защиты, которая могла бы разрушить всѣ усилія судебнаго слѣдователя, направленныя къ раскрытію истины [4]). Въ 1869 году была образована коммисія сенатора Петерса, составившая проектъ измѣненія нашего предварительнаго слѣдствія, гдѣ предварительное слѣдствіе отдѣлялось отъ розыска, а послѣдній возлагался цѣликомъ на прокурора. Проектъ былъ отвергнутъ ввиду недостаточно выяснившейся для правительства потребности въ реформѣ. Наконецъ, была образована въ 1881 году, коммисія изъ лицъ прокурорскаго надзора, для выясненія вопроса о необходимости и своевременности реформы, которая высказалась за введеніе состязательнаго порядка на предварительномъ слѣдствіи. Товарищъ оберъ-прокурора Жуковскій [5]) составилъ проектъ введенія состязательнаго порядка и на предварительномъ слѣдствіи, подобно установленному въ англійскомъ процессѣ. Тамъ исключалась письменность и вводилась полная и совершенная независимость слѣдователя отъ всякихъ вліяній прокурора [6]).

Въ литературѣ очень похожій проектъ былъ составленъ профессоромъ Даневскимъ, положенія котораго сводились къ слѣдующимъ выводамъ: 1) данныя розыска протекаютъ передъ независимымъ слѣдственнымъ судьей, по началамъ состязательной борьбы сторонъ въ судѣ; 2) равенство сторонъ въ представленіи и обезпеченіи дока-

---

[1]) По прочно установившемуся въ процессуальной наукѣ воззрѣнію, предварительный слѣдователь тогда лишь освобождается отъ присущихъ ему недостатковъ, когда произв. его слѣдств. освобождается отъ необходимой близости интересамъ обвиняемаго и защитника и когда онъ ограничивается однимъ только отправленіемъ чисто судебныхъ обязанностей (стр. 62).

[2]) Объ этомъ Даневскій—Наше предварит. слѣдствіе, стр. 11, 1895 г.

[3]) См. объ этомъ Квачевскій, цит. соч., стр. 79, ч. III.

[4]) Объ этомъ объяснит. зап. стр. 160—175; 1863 г. Для составителей дѣйствующаго устава, введеніе защиты на предварительномъ слѣдствіи было тѣмъ болѣе очевидно необходимо, что въ Западной Европѣ вопросъ давно былъ рѣшенъ во многихъ государствахъ въ положительномъ смыслѣ, такъ напримѣръ въ 1850 г. Тюрингенскій уставъ ввелъ защиту на предварительномъ слѣдствіи, а вслѣдъ за нимъ по этой дорогѣ пошли судебные уставы Ангальта, Дессау, Кетенъ и др.

[5]) Матер., стр. 93—129.

[6]) Возраженія противниковъ были не сильны. Завадскій, напримѣръ, указывалъ, что введеніе защиты на предварительномъ слѣдствіи не желательно, «ввиду возможнаго ропота населенія, могущаго усмотрѣть здѣсь еще одну привилегію состоятельныхъ классовъ». Матер., стр. 142—143.

зательствъ полное; 3) защита допускается послѣ перваго допроса обвиняемаго и имѣетъ право присутствія при всѣхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ; 4) розыскъ совершенно отдѣляется отъ слѣдствія и составляетъ исключительно обязанности прокуратуры и подчиненной ей полиціи; 5) обстоятельства эти не исключаютъ самодѣятельности судьи въ дѣлѣ уясненія собранныхъ по дѣлу доказательствъ [1]). Помимо всего, давно уже выдающіеся криминалисты обратили вниманіе на то обстоятельство, что предварительное слѣдствіе инквизиціоннаго порядка главнымъ образомъ замедляетъ отправленіе правосудія. Гнейстъ, напримѣръ, доказалъ, что по дѣламъ, подсуднымъ судамъ присяжныхъ, послѣ введенія новаго порядка слѣдствія въ Германіи, продолжительность его возрасла очень значительно. Съ 1865—1869 гг. наблюдается возрастаніе сроковъ предварительнаго слѣдствія отъ 3—11 мѣсяцевъ, съ 33 до 51 случаевъ, а продолжительность слѣдствія отъ 2—3 мѣсяцевъ наблюдалась возросшей съ 24 до 48 случаевъ. То же самое наблюдалось и въ окружныхъ судахъ Германіи, разсматривавшихъ дѣла безъ присяжныхъ; тамъ процентъ предварительныхъ слѣдствій срокомъ отъ 2—3 мѣсяцевъ возросъ съ 60 до 91 случая [2]). Этотъ длинный рядъ мнѣній оффиціальныхъ установленій и высоко авторитетныхъ ученыхъ, которые съ удивительнымъ единогласіемъ высказались за введеніе состязательнаго порядка на стадіи предварительнаго слѣдствія, показываетъ, что почва для реформы была уже подготовлена и оффиціальное ея проведеніе въ жизнь не заставитъ себя долго ждать.

Дѣйствительно, въ 1906 г. былъ составленъ проектъ министра юстиціи, вводящій у насъ защиту начиная со стадіи предварительнаго производства. Въ объяснительной запискѣ къ проекту, министръ юстиціи признаетъ совершенную основательность требованій сторонниковъ состязательности, въ полномъ объемѣ. «Если обвиняемый имѣетъ право на формальную защиту, при преслѣдованіи его, передъ судебной властью, то подобное право не можетъ измѣниться отъ того, находится ли дѣло въ стадіи предварительнаго, или главнаго производства. Интересы обвиняемаго и высшія требованія правосудія въ одинаковой мѣрѣ указываютъ необходимость предоставленія лицу, привлекаемому къ судебной отвѣтственности, приглашать въ помощники опытнаго юриста [3]). Къ сожалѣнію, положенія проекта совершенно расходятся съ этими высоко правильными воззрѣніями. Весь онъ можетъ быть охарактеризованъ, какъ чрезмѣрно робкое вступленіе на новый путь стараго инквизиціоннаго суда, отъ котораго, какъ и вообще отъ всякихъ полумѣръ, дѣло правосудія немного выиграетъ въ сравненіи съ теперешнимъ, совершенно неудовлетворительнымъ порядкомъ предварительнаго слѣдствія, оффиціально признаннымъ. Статья 477 проекта гласитъ: «Если обвиняемый, или защитникъ, или лица, указанныя въ 476³ ст. проекта, укажутъ на какія либо новыя обстоятельства, то слѣдователь обязанъ провѣрить тѣ изъ нихъ, которыя могутъ имѣть вліяніе на рѣшеніе дѣла». Основанія отказа по ст. 477 должны быть изложены въ особомъ постановленіи, а если требованіе было признано уважительнымъ, то дополнительныя дѣйствія, во всякомъ случаѣ, совершаются внѣ участія защиты. Вводя дискреціонный порядокъ усмотрѣнія слѣдователя, для установленія достаточности основаній для дополнительнаго слѣдствія, и совершенно не мѣняя положенія этого послѣдняго въ отношеніи лицъ прокурорскаго надзора, ст. 477 врядъ ли можетъ существенно измѣнить порядокъ производства [4]).

---

[1]) Цит. соч., стр. 86.

[2]) Объ этомъ Gneist—Vier Fragen, S. 64.

Интересныя соображенія въ пользу защиты на предварительномъ слѣдствіи высказалъ профессоръ Фойницкій въ Юридической лѣтописи 1892 г. № 4, стр. 314 и слѣд.

[3]) Объяснит. записка къ проекту, стр. 17.

[4]) О положеніи нашего слѣдствія см. проф. Случевскаго—Учебникъ, стр. 642.

Кромѣ того она страдаетъ внутренними противорѣчіями. Если слѣдователь признаетъ основательность требованій обвиняемаго, или представителя его интересовъ, почему въ изслѣдованіи этихъ доводовъ его невинности, которые признаны самимъ слѣдователемъ за существенные, отказывать въ участіи обвиняемому, полагающему въ нихъ главную опору своихъ доказательствъ. Естественно предположеніе, признавая, конечно, основной цѣлью слѣдствія—выясненіе достаточныхъ основаній къ предположенію виновности, привлеченнаго къ слѣдствію лица, что слѣдователь именно въ этой дополнительной работѣ особенно нуждается въ содѣйствіи защитника, который первый обратилъ вниманіе на обстоятельства, ускользнувшія отъ проницательности слѣдственнаго судьи. Положенія ст. 477 въ этомъ отношеніи совершенно противорѣчатъ второй частью—первой. Статья 432[1] устанавливаетъ право обвиняемаго обжаловать отдѣльныя слѣдственныя дѣйствія, лично, или черезъ защитника, но свиданіе съ этимъ послѣднимъ ст. 432[1] допускаетъ лишь подъ надлежащимъ присмотромъ и, что важно, также лишь по усмотрѣнію слѣдователя. Опять и здѣсь, противорѣчіе очень большое. Обставляя личность подсудимаго гарантіей возможности обжалованія невыгоднаго ему дѣйствія, статья 432[1] ставитъ эту гарантію въ полную зависимость отъ лица, дѣятельность котораго подлежитъ обжалованію. Кромѣ того, объяснить опасность свиданія для изслѣдованія истины невозможно, ибо статья принимаетъ за основаніе непремѣнный надзоръ за свиданіемъ защитника съ обвиняемымъ лицомъ. Подобнаго этому правилу мы не находимъ ни въ одномъ изъ иностранныхъ законодательствъ. Въ виду этого, постановленіе ст. 491, позволяющей приносить жалобы на всякія слѣдственныя дѣйствія со стороны участвующихъ въ дѣлѣ лицъ, врядъ ли можетъ измѣнить дѣло и положеніе защиты оказывается очень неопредѣленнымъ, вліяніе прокурора и здѣсь будетъ преобладающимъ, а это совершенно противорѣчитъ мысли проекта, какъ она изложена въ объяснительной запискѣ [1]). Поэтому я полагаю, что единственнымъ правильнымъ средствомъ для достиженія полнаго равенства сторонъ, въ теченіе всего производства по дѣлу, является возможно большее приближеніе къ англійскому образцу, гдѣ совершенно независимый слѣдственный судья оцѣниваетъ доводы борящихся равнымъ оружіемъ сторонъ, предоставляющихъ собранныя ими доказательства, въ цѣляхъ обезпеченія ихъ интересовъ.

Мысль о возможно большихъ гарантіяхъ личности въ дѣлѣ охраненія ея отъ неправильныхъ обвиненій была доминирующей мыслью и у составителей проекта у. у. с. 1900 г. Въ объяснительной запискѣ, касающейся вопроса преданія суду, большинство членовъ, въ числѣ которыхъ были наши виднѣйшіе процессуалисты: Кони, Случевскій, Бутовскій и др., писали: «авторитетъ суда, безъ всякаго сомнѣнія, существеннымъ образомъ страдаетъ отъ привлеченія къ судебной отвѣтственности лица, противъ котораго не имѣется доказательствъ, изобличающихъ его въ совершеніи преступнаго дѣянія [2])».

---

[1]) Между тѣмъ, еще кодексъ Наполеона предвидѣлъ ненормальность участія прокурора совмѣстно со слѣдователемъ въ выясненіи доказательствъ, предназначенныхъ для главнаго производства. Объ этомъ Гнейстъ, 77.

[2]) Объясн. зап., т. III, стр. 42—44. Тѣ же сообр. излож. въ мнѣніи Кони, особ. прибавлен. къ объясн. зап., т. II, стр. 27. Основныя положенія англійскаго предварительнаго слѣдствія сосредоточены въ трехъ правилахъ: 1) абсолютная свобода защиты, 2) послѣдовательно проводимое правило presumptio boni viri и 3) судья—защитникъ обвиняемаго. Объ этомъ Стифенъ и Арчбольдъ, цит. соч.

Важнѣйшія изъ замѣченныхъ опечатокъ.

Страница.	Строка Текст.	Строка примѣч.	Напечатано	Слѣдуетъ читать.
4	—	8	16 S.	164
8	7	—	Современномъ	Уголовномъ
9	8	—	централизація	централизаціи.
19	36	—	дѣятельности человѣка.	дѣятельности—человѣка
24	7	—	соціально логическ.	соціологическія
28	29	—	сохраненіе	самосохраненіе
35	30	—	219—21	219—21 у. у. с.
35	30	—	1035	1035[2]
35	30	—	23	31.
47	—	4	marschen	marsche.....
61	—	5	Kritikentunrf	Kritik Entwurf
88	—	6	гроизводства	производства
94	—	6	Монтесье	Монтескье «Духъ Законовъ»
112	10	—	;	не надо знака
115	23	—	судсъ	приказѣ
115	12	—	судебнаго	стрелецкаго
116	24	—	XXV	XIV
116	—	4	артикулъ 147	не надо
121	—	3	Derechtigkeitspflege	gerechtigkeitspflege
159	31	—	212, 213	не надо
164	6	—	статья	статьи.
163	37	—	788	788[2]
171	—	1	Krieg	Kries.
177	36	—	чувство	начало
198	43	—	добѣгъ	побѣгъ.
209	—	1	1893,—83, 91, 92	1893 г. стр. 83, 91, 92
215	28	—	бечевать	бичевать
215	24	—	à'mere	amére
218	4	—	съ чувствомъ	чувствомъ
252	28	—	все возможное	сдѣлать все возможное
257	22	—	смѣшаніе	смѣшеніе
246	14	—	работу [1]) [2])	работу [2])

Глава XX.

Приступая къ разбору понятія состязательности въ его осуществленіи въ военномъ судѣ, можно отмѣтить, что оно составляетъ самую душу военнаго производства. Въ историческомъ очеркѣ я показалъ, что въ эпоху полнаго торжества инквизиціонныхъ началъ въ общеуголовномъ судѣ, въ теченіе вѣковъ, состязательность держалась въ военномъ процессѣ и исчезла изъ него лишь съ послѣдними отзвуками голоса личности, утонувшаго въ тайникахъ инквизиціоннаго суда. Я привелъ уже доводы въ пользу необходимости состязательности въ обвинительномъ типѣ судопроизводства. Теперь достаточно ихъ распространить на военные суды, чтобы имѣть надлежащую критическую оцѣнку положеній догматическаго состоянія военнаго процесса, ибо необходимость суда для войска считаю доказанной въ должной мѣрѣ. Однако же именно на вопросѣ о состязательности были сосредоточены доводы противниковъ, считавшихъ самый институтъ защиты отрицаніемъ власти начальниковъ и выраженіемъ недовѣрія къ суду. На самомъ дѣлѣ, необходимость состязательнаго начала для военныхъ судовъ вытекаетъ сама собой, вмѣстѣ съ признаніемъ суда какъ основы правовой жизни войска и необходимости гарантій для личности солдата, въ которыхъ не отказывается гражданину.

Несомнѣнно, что вмѣстѣ съ идеей новаго понятія дисциплины, какъ принципа самодѣятельнаго повиновенія и развитой солидарности военнослужащихъ, вытекаетъ необходимость уясненія для войска особенностей преступной дѣятельности и судъ, въ этомъ смыслѣ, является наиболѣе совершеннымъ органомъ поддержанія мирнаго порядка въ войскѣ. Возраженія противниковъ обычно сводятся къ противорѣчію понятія спора въ судѣ между подчиненнымъ и начальникомъ. Разумѣется, немыслимо представить себѣ, въ правильно организованной арміи, возможность спора солдата съ генераломъ по вопросу о существенныхъ условіяхъ поддержанія военнаго порядка, если подчиненный несомнѣнно его нарушилъ. Самое понятіе суда заключаетъ въ себѣ предположеніе совершенно иного свойства. Судъ является аппаратомъ наиболѣе совершеннымъ изъ придуманныхъ людьми для рѣшенія вопроса о дѣйствительномъ нарушеніи порядка войска и величинѣ таковаго, а слѣдовательно, состязательность сторонъ въ военномъ судѣ оказывается не болѣе какъ примѣненіемъ со стороны суда извѣстной системы средствъ и способовъ въ оцѣнкѣ представленныхъ по дѣлу доказательствъ, для констатированія всѣхъ обстоятельствъ даннаго конкретнаго дѣянія. Такова юридическая сторона вопроса. Съ юридической стороны судъ знаетъ не начальника и подчиненнаго, спорящихъ въ процессѣ,—это понятіе спора немыслимо, при наличности признанія подчиненности и чинопочитанія, существующихъ въ арміи,—онъ знаетъ только субъектовъ правовыхъ отношеній, борющихся за осуществленіе юридическихъ условій конкретнаго правомочія личности. Судъ выступаетъ въ роли представителя верховнаго двигателя всѣхъ силъ государства—справедливости, какъ основанія всякаго права на землѣ. Сосредоточивая въ себѣ полноту возможностей изслѣдованія истины, онъ дѣйствуетъ силою собирательнаго разума, науки и права, государственной справедливости, силы логической и силы фактовъ. И постольку онъ выше отдѣльныхъ начальниковъ и подчиненныхъ, сильнѣе командной власти, точнѣе воли подчиняющейся, непогрѣшимый слуга своихъ обязанностей, представитель государства, онъ возстановляетъ нарушенное право войска. Съ высоты безгрѣшнаго идеала права, съ которой онъ смотритъ на міръ человѣческихъ отношеній, развертывающихся передъ его взоромъ для суда, одинаковы всѣ люди въ войскѣ—отъ высшаго начальника до самаго маленькаго подчиненнаго. Какъ Манфредъ на скалѣ, онъ теряетъ чувство мѣры ихъ обычныхъ отношеній и абстрактное величіе закона уравниваетъ передъ нимъ различность положенія, занимаемаго слу-

жащими въ войскѣ. Опираясь на силу права, онъ провозглашаетъ приговоръ, обезпечивающій торжество истины и справедливости.

Но это лишь юридическая сторона вопроса, состязательность имѣетъ еще глубокое соціальное значеніе для войска, какъ общественнаго института, обладающаго самостоятельными особенностями своего существованія въ государствѣ. Въ силу особенной связанности воли военнослужащаго, возникаетъ тѣмъ большее стремленіе оградить его личность отъ возможныхъ стѣсненій, не оправдываемыхъ закономъ. Я уже говорилъ, какое значеніе имѣетъ для поддержанія довѣрія войска къ справедливости основаній власти начальника правильное отправленіе судебной власти. Здѣсь нужно только прибавить, что состязательное начало имѣетъ тутъ едва ли не самое большое значеніе. Величина нарушеній воинской нормы, степень опасности, возникающей для цѣли государства и дѣятельности войска, при первомъ взглядѣ мало уловимы. Чувство товарищества и братской солидарности, которая изъ всѣхъ силъ развиваетъ дѣятельность дисциплинарнаго порядка, склонно съ особенной подозрительностью слѣдить за всякимъ столкновеніемъ военнослужащихъ съ властью начальства. Отдача солдата въ руки власти, исполняющей кару, не предоставивъ ему возможности открытой и ясной борьбы за свою невинность или за свои права, знаменовала бы отказъ начальника отъ всѣхъ усилій своей дѣятельности по созданію солидарной зависимости товарищей и вѣры солдата въ начальство. Поэтому возникаетъ органическая необходимость обставить систему отправленія правосудія въ войскахъ всѣми гарантіями абстрактной справедливости и отсюда обязательность организацій защиты въ военномъ судѣ и проведеніе ее еще болѣе послѣдовательно, чѣмъ въ судѣ общемъ, черезъ весь организмъ процесса съ перваго момента его возникновенія. Юридическое неполноправіе военно-служащихъ съ одной стороны должно вызывать потребность въ исчерпывающей юридической поддержкѣ, съ другой— одинъ неправый приговоръ для войска грознѣе, чѣмъ сотня ошибочныхъ въ общемъ правосудіи, такъ какъ организаціонная связь единицъ въ немъ неизмѣримо тѣснѣе. Къ военному суду, болѣе чѣмъ къ какому либо иному, подходятъ великолѣпныя слова Іеринга: «У нарушившей право юстиціи нѣтъ болѣе уничтожающаго обвинителя, чѣмъ темная, полная упрека фигура преступника, изъ-за оскорбленнаго чувства права—это ея собственная кровавая тѣнь [1])».

Начало состязательности процесса проведено довольно полно въ западно-европейскихъ законодательствахъ. Въ германскомъ в. с. уставѣ, принципъ состязательности проводится въ статьяхъ 293, 297, 299, 300, 312, 318, 333, 337, 346, 268, 271, 274, 173 и 341. Интересною въ отношеніи развитія равенства сторонъ оказывается ст. 297, устанавливающая чтеніе не обвинительнаго акта, гдѣ возможно использованіе матеріаловъ предварительнаго слѣдствія, а распоряженія о преданіи суду, дающаго значительныя выгоды въ сравненіи съ чтеніемъ обвинительнаго акта, къ которому можно отнести все сказанное по этому вопросу выше. Неравенство обвинителя и защитника сказывается въ положеніяхъ ст. 293. Законъ очень рѣзко отличаетъ права обвинителя и защитника, предоставляя только первому предлагать вопросы непосредственно свидѣтелямъ и экспертамъ. Правда, подсудимому законъ это право предоставляетъ, но тѣмъ изумительнѣй недозволеніе этого элементарнаго средства современнаго процесса опытному юристу. Положеніе защитника, видящаго, какъ его кліентъ, рядомъ неудачныхъ вопросовъ, совершенно губитъ все дѣло, и не могущаго непосредственно прійти къ нему на помощь, очень не завидно. Конечно, согласно ст. 293, онъ можетъ и самъ задавать вопросы, но черезъ предсѣдателя, а этотъ можетъ отклонять тѣ, которые, по его мнѣнію, не относятся къ дѣлу, и такимъ образомъ и здѣсь защитникъ можетъ не выяснить всѣхъ нужныхъ ему обстоятельствъ дѣла. Затѣмъ интересны постановленія германскаго

[1]) Борьба за право, стр. 56.

военнаго законодательства, касающіяся спеціальной защиты. Положеніе 2-й части ст. 337 о недопущеніи защиты въ низшихъ судахъ объяснялось въ мотивахъ къ германскому в. с. у. слѣдующимъ соображеніемъ. По мнѣнію составителей германскаго кодекса, интересы обвиняемаго обезпечены достаточно правомъ аппеляціи на приговоры судовъ 1 инстанціи, по всѣмъ дѣламъ безъ исключенія. Кромѣ того, сравнительная ничтожность наказаній, входящихъ въ компетенцію этихъ судовъ, давала право смотрѣть на нихъ, какъ на дисциплинарные комитеты при начальникѣ, гдѣ главную роль играла скорость производства.

Общее направленіе кодекса сказалось особенно сильно въ вопросѣ о назначеніи защиты до главнаго производства. Составители устава находили допущеніе защиты на предварительномъ слѣдствіи несовмѣстнымъ съ положеніемъ герихтсхерра и полагали возможнымъ допустить ее только въ главномъ производствѣ. Только давленіе рейхстага заставило правительство сдѣлать въ этомъ отношеніи уступки и допустить ее съ момента окончанія разслѣдованія. Оцѣнивая положеніе, создаваемое уставомъ для защиты, можно констатировать, что защитникъ является въ судъ лишь съ тѣми свѣдѣніями, какія въ его распоряженіе даетъ предварительное производство. Въ обезпеченіи и сборѣ доказательствъ въ такой важный моментъ жизни процессуальнаго производства, какимъ является предварительное слѣдствіе, или дознаніе, онъ не принимаетъ никакого участія и потому на судъ явится съ запасомъ свѣдѣній, данныхъ ему въ руки совѣтникомъ военнаго суда. А если припомнить положеніе обвиняемаго въ главномъ производствѣ (объ этомъ выше), то станетъ ясной вся неудовлетворительность постановки дѣла равенства сторонъ въ германскомъ военномъ судѣ. Кромѣ того, законъ суживаетъ кругъ лицъ, допускаемыхъ къ защитѣ. Постановленіе ст. 341 особенно рельефно, если разсматривать ее въ связи съ положеніями ст. 342. Послѣдняя очень правильно указываетъ на значеніе индивидуально желательной для подсудимаго защиты и указываетъ на необходимость, по возможности, эти требованія подсудимаго удовлетворять. Статья даже обязываетъ предлагать ему вопросъ о желательномъ для него защитникѣ. А рядомъ съ этимъ, ст. 341 чрезвычайно сжимаетъ кругъ возможнаго участія лицъ гражданской адвокатуры, допускаемыхъ къ защитѣ въ военныхъ судахъ. Постановленіе послѣдней части ст. 341 фактически дѣлаетъ участіе гражданскихъ юристовъ совершенно случайнымъ и зависящимъ даже не отъ постановленія суда, которому, по духу законодательства, должно бы было принадлежать право оцѣнивать возможность столь важнаго ограниченія правъ подсудимаго, а отъ единоличной власти герихтсхерра. Въ свою очередь владѣтель суда самъ ограниченъ очень узкими рамками дѣлъ, въ которыхъ допускается участіе гражданскихъ адвокатовъ. Правда п. 5 статьи 341 знаетъ и гражданскую адвокатуру, принимающую участіе въ разбирательствѣ дѣлъ въ военныхъ судахъ, но, во-первыхъ, число такихъ адвокатовъ очень не велико, а во вторыхъ, здѣсь именно нѣтъ свободы въ выборѣ защиты, чего какъ разъ и добивается законодательство въ положеніяхъ 342 статьи.

Положенія французскаго законодательства, касающіяся началъ состязательности, изложены въ статьяхъ: 101, 109, 110, 112, 121, 125, ст. 128 со ссылками на статьи: 318, 319, 326 у. у. с., ст. 130 в. с. у., ст. 144 в. с. у., со ссылками на 409 и 410 ст. у. у. с.; 160 и 164 в. с. у. Интересными представляются положенія ст. 121, соотвѣтствующей 311 статьѣ у. у. с., въ которой съ самаго начала предсѣдатель ставитъ защитника въ подозрѣніе и возбуждаетъ этимъ въ судьяхъ увѣренность въ возможности ожидать отъ него явно незакономѣрныхъ поступковъ. Затѣмъ, слѣдующая 128 ст., корреспондирующая съ 315 ст. у. у. с., открываетъ положеніе вещей совершенно не нормальное устанавливая неравенство правъ на вызовъ свидѣтелей со стороны прокурора и подсудимаго, она заботливо передаетъ громадныя преимущества въ этомъ отношеніи лицу, положеніе котораго должно бы было исключать для него всякую

возможность быть дѣятельнымъ участникомъ спора,—президенту. Этимъ нарушаются одновременно два великихъ правила современнаго правосудія: равенство правъ обвиняемаго и защитника и безпристрастіе судьи, какъ необходимая предпосылка справедливости приговора. Принимая же во вниманіе, что президентъ оказывается дѣятельнымъ руководителемъ преній и по ст. 121, наблюдателемъ дѣятельности защитника—видно, какъ мало соблюдаетъ французское судебное слѣдствіе принципъ состязательнаго суда. Точно также и постановленія 318 ст. у. у. с., примѣняемыя и въ военномъ судѣ, приводятъ къ полному неравенству сторонъ. Принимая во вниманіе значеніе представителя обвиненія (правительственнаго коммисара) и возможность для него собрать, въ стадіи предварительнаго слѣдствія, громадный матеріалъ, недоступный для подсудимаго, а также невозможность для неимѣющаго средствъ подсудимаго вызвать всѣхъ нужныхъ ему свидѣтелей, или, въ лучшемъ случаѣ, зависимость его и здѣсь отъ правительственнаго коммисара, на основаніи ст. 321, можно отмѣтить крупную разницу въ положеніяхъ борящихся. Статьи 133, 134 и 144 устанавливаютъ правила подачи голосовъ, при опредѣленіи виновности и наказанія, очень благопріятныя для подсудимаго, но несчастіе состоитъ въ томъ, что вся предыдущая дѣятельность суда такъ невыгодна для послѣдняго, что это обстоятельство можетъ оказаться мало вліяющимъ на рѣшеніе его судьбы. Однако, французскому законодательству, несмотря на всѣ его несовершенства, принадлежитъ честь введенія, впервые въ военно-судебномъ правѣ, защиты на предварительномъ слѣдствіи. Законъ 8 декабря 1897 года распространилъ на армію [1]) благодѣтельное значеніе принципа борьбы сторонъ, начиная со стадіи предварительнаго производства. Несмотря на всѣ несовершенства закона 8 декабря 1897 г., онъ все же представляетъ крупное пріобрѣтеніе цивилизаціи и права въ отношеніяхъ личности и государства, а введенный въ армію, составляетъ эпоху въ исторіи военно-судебной дѣятельности. При безпристрастности слѣдственнаго судьи (докладчика), защита все же можетъ сдѣлать незамѣнимыя услуги дѣлу выясненія истины и личность явится въ судѣ неизмѣримо лучше вооруженной для борьбы за свои права. Вейсль не даромъ [2]) указываетъ на этотъ законъ, какъ на основаніе поставить французское военное право во главѣ всѣхъ законодательствъ европейскихъ государствъ. Хотя съ положеніемъ этимъ согласиться нельзя, но должно признать, что законъ 8 декабря заставитъ изгладиться многія прорухи французскаго военно-судебнаго законодательства, главная и наиболѣе важная изъ которыхъ, несомнѣнно, дискреціонная власть президента. Затѣмъ 319 статья кодекса ставитъ не въ равное положеніе подсудимаго и генеральнаго коммисара, предоставляя первому предлагать вопросы лишь черезъ предсѣдателя. На первый взглядъ маловажная разница эта на самомъ дѣлѣ имѣетъ серьезныя послѣдствія въ связи съ практикой французскаго суда. Громадная роль президента, какъ я уже говорилъ выше, ставитъ его самого въ центръ борьбы сторонъ, отсюда французскіе президенты судовъ часто теряютъ самообладаніе, позволяя себѣ даже кричать на подсудимыхъ. Понятно, что, находясь въ такомъ состояніи, президентъ будетъ склоненъ устранять вопросы подсудимаго, которые, по его мнѣнію, окажутся мало связанными съ дѣломъ.

Въ нашемъ военномъ законодательствѣ понятіе состязательности, ввидѣ уравненія правъ сторонъ, заняло, съ первыхъ моментовъ его существованія, почетное положеніе и неоднократно служило предметомъ обсужденій. Уже самое положеніе личности подсудимаго, о которомъ я говорилъ выше, изобличаетъ величавое чувство гуманности,

---

[1]) Bulletin officiel du ministère de la guerre.

№ 19, 3 іюня 1899 г. Объ этомъ см. статью Лыкошина въ Вѣстн. права 1900 г. № 8, стр. 150 и слѣд. А вообще о положеніи защитника во французскомъ законодат. Taillefer—La justice militaire en France et dans les pays principaux, p. 259 etc.

[2]) См. Neue entv. Gesetz.

проникающее мысль законодателя, какъ сочувствующаго страданію и слабости, гдѣ бы они ни находились. Особая организація военно-судебнаго вѣдомства, свойственная въ такой мѣрѣ только нашему военно-судебному уставу, пополненіе его спеціально юридическимъ элементомъ, стремленіе гарантировать безпристрастіе приговоровъ особыми условіями положенія военныхъ судей, все это знаменуетъ близкую великимъ реформамъ идею—обезпечить нормы государственной жизни, поставивъ во главѣ три принципа: справедливость, разумность и человѣчность. Положенія, касающіяся состязательности сторонъ на судебномъ слѣдствіи, изложены въ нашемъ военно-судебномъ уставѣ въ статьяхъ: 801, 803, 810, 818, 823, 825, 827, 828, 832, 837, 842, 844, 860, 861, 862, 864. 865, 870, 875, 876, 879, 881, 885, 886, 887, 891, и затѣмъ, въ періодъ до судебнаго слѣдствія, въ статьяхъ: 727, 728, 732, 733, 736—748, 752, 760, 762, 783.

Замѣчательно вѣрныя мысли по вопросу о состязательности, сущность которой сводится къ равенству борьбы подсудимаго и обвинителя въ періодѣ судебнаго производства, мы находимъ въ матеріалахъ по пересмотру военно-судебнаго устава.

Главный военный прокуроръ [1]) прямо указывалъ въ отношеніи дѣятельности прокурора на ея естественную односторонность, почти буквально воспроизводя мысли 21-го члена коммисіи по составленію проекта дѣйствующаго устава. (Объ этомъ выше). «Ожидать разъясненія всѣхъ обстоятельствъ дѣла отъ прокурора нельзя. Занимаясь поддержаніемъ обвиненія, прокуроръ представляетъ неизбѣжно себѣ и суду дѣло въ одностороннемъ видѣ» [2]). На основаніи этого, главный военный прокуроръ полагалъ единственно возможнымъ для возстановленія справедливости и истины на судѣ нормальную организацію защиты. Описавъ положенія обвиняемаго изъ солдатъ, его темноту, трепетъ, отчаяніе, главный военный прокуроръ прибавляетъ: «Не существуетъ такого простого дѣла, въ которомъ участіе защиты представлялось бы дѣломъ совершенно безполезнымъ. Даже когда участіе защиты сводится къ молчаливому присутствію на судѣ, оно важно въ томъ отношеніи, что удерживаетъ обвинителя отъ злоупотребленій властью, побуждая обвинителя относиться тщательно къ своимъ обязанностямъ [3]) [4]). Столь же опредѣленны были разсужденія о состязательности авторовъ нашего дѣйствующаго устава, высказавшихся въ пользу равенства защиты и обвиненія вполнѣ опредѣленно [5]). Изъ приведенныхъ оффиціальныхъ документовъ видно абсолютное признаніе необходимаго проведенія равенства сторонъ въ военномъ судѣ и потому нужно обратить вниманіе лишь на непослѣдовательность развитія этого института въ жизни судебнаго слѣдствія. Къ такимъ непослѣдовательностямъ относится, какъ и въ общемъ уст. у. с., чтеніе обвинительнаго акта въ порядкѣ 818-й ст.

Положенія о примѣненіи ст. 818-й нашли себѣ довольно любопытную оцѣнку въ запискѣ главнаго военнаго прокурора объ измѣненіяхъ воен. суд. уст., предполагавшаго замѣнить его прочтеніе изложеніемъ, съ согласія сторонъ, только его главныхъ выводовъ (ст. 39 проекта). Исходный пунктъ мнѣнія главнаго военнаго прокурора сводится не къ принципіальному несогласію съ чтеніемъ обвинительнаго акта, какъ съ нарушеніемъ равенства сторонъ вслѣдствіе перенесенія фактовъ предварительнаго слѣдствія въ судебное, а просто къ ненужности и утомительности чтенія этого документа, разъ

---

[1]) Зап. № 14.

[2]) Зап. № 14, стр. 5.

[3]) Здѣсь снова указаніе на односторонность дѣятельности прокурора.

[4]) Заключеніе мыслей записки великолѣпно: «Отсутствіе защиты имѣло бы послѣдствіемъ умноженіе ошибочныхъ приговоровъ и совершенно уничтожило бы всякую увѣренность, что постановленный приговоръ соотвѣтствуетъ обстоятельствамъ дѣла и согласенъ съ закономъ».

[5]) Объ этомъ см. Журналы Высочайше утвержден. комит., Сборн. зак. раб., стр. 813 и отчасти стр. 783—787.

копія обвинительнаго акта имѣется и у судей, и у обвиняемаго, которому выводы его, значитъ, вполнѣ извѣстны. Поэтому и критика этихъ положеній со стороны противниковъ, берущая за основанія принципіальныя данныя для несогласія, оказалась уничтожающей, и положенія ст. 818 остались безъ измѣненій. Однако доводы, приводимые противниками въ пользу сохраненія чтенія обвинительнаго акта, вовсе не неотразимы. Посмотримъ, въ чемъ они заключаются. Статсъ-секретарь Философовъ, напримѣръ, считалъ чтеніе обвинительнаго акта кореннымъ началомъ судопроизводства, отмѣна котораго постольку оказывается недопустимой. «На обстоятельства, въ немъ изложенныя, могутъ ссылаться обѣ стороны, онъ устанавливаетъ тѣ границы, далѣе которыхъ не можетъ простирать свои требованія обвинитель, и служитъ основаніемъ какъ производства судебнаго слѣдствія, такъ и судебныхъ преній». Аналогичные доводы были приведены въ замѣчаніяхъ Петербургскаго окружного суда и одесскаго судьи Мордвинова [1]). Однако въ литературѣ, какъ въ русской, такъ и въ иностранной, мнѣ не извѣстенъ ни одинъ отзывъ, который подтверждалъ бы мысль статсъ-секретаря Философова объ отнесеніи чтенія обвинительнаго акта къ кореннымъ началамъ правосудія.

Напротивъ, извѣстно, что въ Англійскомъ процессѣ, наиболѣе совершенномъ изъ существующихъ теперь образцовъ состязательнаго суда, чтенія обвинительнаго акта нашего типа не существуетъ. Коммисія по составленію проекта германскаго устава 1877 г., составленная изъ виднѣйшихъ юристовъ, какъ я показалъ, предполагала въ первомъ проектѣ замѣнить обвинительный актъ совершенно постановленіемъ о преданіи суду. У насъ имѣются въ числѣ противниковъ составленія обвинительнаго акта и чтенія его на судѣ такіе видные криминалисты, какъ Чебышевъ-Дмитріевъ, Арсеньевъ [2]), и такимъ образомъ дѣло стоитъ вовсе не такъ опредѣленно, какъ полагалъ это статсъ-секретарь Философовъ. Я покажу ниже, насколько нуждается нашъ процессъ въ введеніи защиты на предварительномъ слѣдствіи, по французскому образцу, теперь же довольно указать, что совершенно противорѣчивымъ доказательствомъ положеній противниковъ измѣненія ст. 818-й служатъ данныя, изложенныя въ статьяхъ 880 и 894 дѣйствующаго устава. Ст. 880-я прямо указываетъ на обязанности прокурора брать содержаніемъ обвинительной рѣчи факты «въ томъ видѣ, какъ они представляются по судебному слѣдствію», а ст. 894, касательно постановки вопроса о виновности, категорически говоритъ, что «основаніемъ вопроса о виновности служатъ не только выводы обвинительнаго акта, но и судебнаго слѣдствія и заключительныхъ преній сторонъ, въ чемъ они его измѣняютъ и дополняютъ». Гдѣ же тогда основанія оставлять обвинительный актъ, какъ непереходимыя границы, охраняющія замкнутость судебныхъ преній. Да и наконецъ, оставить положеніе обвинительнаго акта незыблемымъ было бы и фактически немыслимо, ибо тогда вся дѣятельность судебнаго слѣдствія оказалась бы совершенно ненужной. Ст. 881 на этотъ счетъ вполнѣ правильно указываетъ на обязанности прокурора излагать свои положенія въ зависимости отъ судебно-слѣдственнаго матеріала, а 882 даже обязываетъ его непремѣнно отказываться отъ обвиненія, если факты судебнаго слѣдствія его опровергаютъ. Между тѣмъ чтеніе обвинительнаго акта очень существенно нарушаетъ интересы противной стороны.

Положенія 713 ст., касающіяся содержанія обвинительнаго акта, очень неопредѣленны, а разъясненія Г. В. С. не дѣлаютъ ихъ болѣе ясными. Въ рѣшеніи 1880/83 Гл. В. С. призналъ за содержаніе обвинительнаго акта «признаки преступнаго дѣянія», но легко видѣть, что это толкованіе вовсе не устраняетъ возможности широкаго пользованія данными предварительнаго производства. Скорѣе напротивъ, въ рѣшеніи 1873/20 Г. В.

---

[1]) Сводъ замѣч. къ ст. 39, стр. 113. 114.

[2]) Цит. соч.

С. призналъ напримѣръ, что изложеніе прокуроромъ въ обвинительной рѣчи только выводовъ обвинительнаго акта, почерпнутыхъ изъ предварительнаго слѣдствія, не служитъ основой кассаціи, ибо относится лишь къ сущности дѣла. Мало этого, въ рѣшеніи 1874/155 и 1880/236 Г. В. С. призналъ, что жалобы, на односторонность или неправильность содержанія обвинительнаго акта не составляютъ повода къ отмѣнѣ приговора, ибо противная сторона, въ заключительныхъ преніяхъ, можетъ ихъ опровергнуть. Принимая во вниманіе это толкованіе практики и отсутствіе у насъ въ стадіи предварительнаго слѣдствія защиты, становится понятнымъ, какъ сильно нарушаетъ чтеніе обвинительнаго акта принципъ состязательной борьбы сторонъ. Я показалъ, въ разборѣ понятія непосредственности, какую широкую роль чтенію показаній свидѣтелей, данныхъ на предварительномъ слѣдствіи, отводитъ нашъ уставъ; слѣдовательно, введеніе данныхъ предварительнаго производства судебнаго слѣдствія является по нашему законодательству очень возможнымъ. Если связать эти соображенія вмѣстѣ, положеніе подсудимаго обрисуется печальными чертами. Обвинительный актъ съ искусно подобранными фактами предварительнаго слѣдствія, сдѣланный умной мыслью юриста, высыплетъ въ залу суда рядъ доводовъ, которые буквально какъ огненный дождь испепелятъ всѣ дальнѣйшія попытки ихъ опроверженія со стороны защиты. Какъ опровергнуть данныя обвинительнаго акта, когда всѣ свидѣтели, живущіе на 101 верстѣ, не явились. Вызовъ начальника подсудимаго, потерпѣвшаго оскорбленіе, также оказывается, по смыслу закона, явленіемъ исключительнымъ (750 ст.). Громадность матеріала предварительнаго производства, въ созданіи котораго защитникъ не принималъ никакого участія, давитъ его какъ сводъ небесный Атланта. Понятно поэтому, что бороться съ выводами обвинительнаго акта окажется для защитника всегда очень затруднительнымъ, а подчасъ и совсѣмъ невозможнымъ. Кромѣ того, въ противовѣсъ совершенно обратному порядку англійскаго процесса, въ чтеніи обвинительнаго акта разверстывается часто тонкая аргументація, блестящая логика, мѣткость обобщеній, которыя сразу производятъ на умъ судей впечатлѣніе, силу котораго опровергнуть защитнику будетъ очень затруднительно.

Высказанные доводы подкрѣпляются еще болѣе сопоставленіемъ ихъ съ основнымъ началомъ суда, сводящимся къ толкованію всѣхъ неопредѣленныхъ фактовъ процесса въ смыслѣ благопріятномъ подсудимому. Въ чтеніи обвинительнаго акта, какъ оно теперь практикуется на судѣ, заключается самая сильная угроза его интересамъ. Вотъ этотъ трепещущій темный человѣкъ, подавленный ужасомъ грядущей отвѣтственности, традиціонно боящійся всякаго суда, стоитъ передъ доводами обвинительнаго акта, обведенный преградой presumptio boni viri. Одна за другой мелькаютъ блестящія страницы, аргументы, силлогизмы, доказательства. Широкія обобщенія, тонкія детали выбрасываются въ залъ суда, незамѣтно сплавляясь въ мощный рычагъ разрушительной машины, которая направляетъ уничтожающіе удары на это слабое препятствіе. Выдержитъ ли безпристрастіе суда тяжкое испытаніе до конца чтенія этого грознаго документа? Кто можетъ на это отвѣтить! А если нѣтъ, тогда съ послѣднимъ доводомъ обвинителя, сдѣлавшаго доказательными свои положенія для суда, несомнѣнно рухнетъ опора защиты подсудимаго, отдѣляющая его отъ темнаго міра отверженныхъ, и разгнѣванныя фуріи мести ворвутся въ залъ суда, заглушая рѣчь невинности своими голосами. Поэтому я полагаю существенно необходимымъ устранить изъ нынѣшняго судебнаго слѣдствія чтеніе обвинительнаго акта, замѣнивъ его устнымъ изложеніемъ прокуроромъ данныхъ, въ томъ же объемѣ, какъ это принято въ у. у. с., въ постановленіяхъ о преданіи суду. Надо замѣтить, что уже среди противниковъ отмѣны чтенія обвинительнаго акта замѣтны въ этомъ отношеніи колебанія, и одинъ изъ нихъ, военный судья одесскаго окружного суда Мордвиновъ, сузилъ границы матеріаловъ, входящихъ въ содержаніе обвинительнаго акта. Слѣдующей статьей, вносящей весьма крупныя отличія

въ равенство сторонъ на судѣ, оказывается ст. 738. Исторія этой статьи очень знаменательна. 738 ст. дѣйствующаго устава пришла на смѣну ст. 762 устава 1867 г., неустанавливавшей никакихъ ограниченій въ дѣлѣ выбора защитника. Составители дѣйствующаго устава, при обсужденіи проекта 1867 г. исходя изъ принципіальныхъ воззрѣній, устанавливали право подсудимаго на пользованіе защитой. Обсуждая вопросъ о допущеніи присяжныхъ повѣренныхъ къ защитѣ, Великій Князь Константинъ Николаевичъ, предсѣдатель Высочайше утвержденнаго комитета для разсмотрѣнія проекта в. с. у., говорилъ: «Право защиты черезъ спеціально подготовленныхъ къ тому опытныхъ лицъ, какими представляются присяжные повѣренные, даровано судебными уставами всѣмъ подданнымъ имперіи, и право сіе составляетъ одно изъ существенныхъ условій безпристрастнаго и справедливаго судебнаго рѣшенія. Съ этой точки зрѣнія несправедливо лишать этого права военнослужащихъ» [1]).

Члены Комитета даже признали, что опытный въ способѣ выраженій присяжный повѣренный и не допуститъ въ своей рѣчи подобныхъ выраженій, тѣмъ болѣе, что дѣятельность предсѣдателя, обладающаго всѣми правами въ этомъ отношеніи, не позволитъ подобнаго проявленія, даже при желаніи присяжнаго повѣреннаго уклониться отъ исполненія своего долга. Поэтому члены Комитета единогласно высказались за допущеніе присяжныхъ повѣренныхъ къ защитѣ по всѣмъ дѣламъ безъ ограниченій [2]). Совершенно тѣ же доводы были высказаны по этому вопросу генералъ-адмираломъ и военнымъ министромъ [3]). Такова была исторія ст. 762 устава 1867, предоставляющей право выбора защитника по всѣмъ родамъ преступной дѣятельности изъ лицъ, допущенныхъ закономъ къ представительству на судѣ. Въ статьѣ 10 проекта в. с. у., составленной гл. воен. прокуроромъ, было предположено устранить, по всѣмъ преступленіямъ воинскимъ, защиту со стороны присяжныхъ повѣренныхъ, предоставивъ ее только военно-служащимъ. Замѣчательно, что и самъ главный военный прокуроръ предполагалъ за этой мѣрой значеніе очень большого стѣсненія для личности подсудимаго. «Устраненіе присяжныхъ повѣренныхъ и лицъ гражданскаго вѣдомства отъ защиты по преступленіямъ воинскимъ, безъ сомнѣнія, существенно ограничитъ нынѣ принадлежащія подсудимому права». А затѣмъ, далѣе все это оправдывается требованіемъ военной службы [4]). При обсужденіи положеній ст. 10, почти всѣ безъ исключенія наши судебныя учрежденія и лица, занимающія высокое служебное положеніе въ военно-судебной іерархіи, высказались противъ проекта. Особенно блестящая критика положеній ст. 10 заключается въ отзывѣ прокурорскаго надзора Харьковскаго Военно-Окружнаго Суда. Прокуроръ писалъ, что лица, окончившія курсъ юридической академіи, считаютъ свое положеніе въ защитѣ по воинскимъ преступленіямъ неловкимъ и трудно совмѣстимымъ съ званіемъ офицера. Ограниченіе гласности на судѣ, проведенное впервые правилами 10 ноября 1881 г., уже понизило, по мнѣнію Харьковскаго прокурорскаго надзора, качества защиты [5]). Указывая далѣе на значеніе состязательности, какъ одного изъ важнѣйшихъ началъ современнаго суда, соблюденіе котораго одно обезпечиваетъ достаточную возможность раскрытія истины, Харьковскій военный прокуроръ полагалъ, что

---

[1]) Сборн. закон. работъ, стр. 813. На основаніи этихъ соображеній, чисто принципіальнаго свойства, Комитетъ призналъ, что «если защитникъ и можетъ допустить при защитѣ мысли, противныя правильному понятію о воинскомъ чинопочитаніи и о суровой военной подчиненности», то «если подобныя заявленія будутъ исходить отъ военнослужащихъ, отъ которыхъ по самому ихъ положенію слѣдуетъ ожидать строгаго подчиненія требованіямъ военной службы, они должны имѣть несравненно болѣе вредныя послѣдствія».

[2]) Объ этомъ сборн. зак. раб., стр. 815.

[3]) Сборн. зак. раб., стр. 189.

[4]) Зап. № 13.

[5]) Современный уровень защиты въ военныхъ судахъ уже понизился въ сравненіи съ прежнимъ временемъ до того, что становится вполнѣ ощутительной надобность въ поддержаніи этого учрежденія. Замѣч. къ ст. 10, стр. 42.

нарушеніе этого равновѣсія сторонъ должно пошатнуть весь порядокъ процесса или повлечь нежелательный результатъ въ дѣлѣ отправленія правосудія. Опасенія за неправильное вліяніе со стороны присяжныхъ повѣренныхъ на судъ, по мнѣнію автора отзыва, совершенно немыслимы. «Здѣсь внемлетъ слову защиты для буквальнаго слѣдованія ея домогательствамъ тотъ, кто въ словахъ защиты находитъ осуществленіе своихъ убѣжденій или намѣреній относительно исхода дѣла» [1]). Похожія мысли высказываетъ Варшавскій военный прокуроръ и, что очень важно, виднѣйшіе представители строевого начальства.

Такъ, противъ всякихъ ограниченій высказались командующіе войсками Варшавскаго и Кіевскаго военныхъ округовъ, командиръ 5-го армейскаго корпуса и другіе представители командного элемента въ войскахъ [2]). Я полагаю, сказаннаго достаточно, чтобы показать, насколько правильно оцѣнивали наша армія и судебное вѣдомство блага свободной защиты, для правильнаго отправленія дѣла правосудія. Нынѣшняя ст. 738 прошла въ жизнь постановленіемъ комитета генералъ-лейтенанта Гурко безъ всякой мотиваціи въ отвѣтъ на сильные и убѣдительные аргументы, выставленные со стороны противниковъ измѣненія старой 762 статьи. Необходимость возвращенія къ старому порядку вытекаетъ, на мой взглядъ, еще изъ слѣдующихъ доводовъ.

Проведеніе границы между переходомъ воинскаго преступленія въ общее фактически встрѣчаетъ иногда значительныя затрудненія. Но за то, что касается характеристики психическихъ состояній дѣятельности преступника, то здѣсь мы находимъ полное тождество въ признакахъ духовной жизни и способахъ и средствахъ ея оцѣнки. Дѣятельность защитника на судѣ всегда есть высокое искусство. Какъ виртуозъ-музыкантъ, играя пьесу композитора, исполненную до него много разъ, придаетъ ей непремѣнно печать своей индивидуальности, своего характера, темперамента, своихъ чаяній и упованій, такъ точно и защитникъ извлекаетъ изъ фактовъ, старыхъ какъ человѣчество, преступленій новыя данныя. Касаясь струнъ души человѣческой, каждый защитникъ въ состояніи вызвать изъ нихъ опредѣленные звуки, но рѣдко кто обладаетъ тайной заставить звучать ихъ глубокимъ и цѣльнымъ аккордомъ. Иногда данное преступленіе кажется неразрѣшимымъ, и нужна тонкая вдумчивость, вдохновеніе и анализъ, пламенная жажда истины и выдающійся талантъ, чтобы изъ намековъ, неясныхъ символовъ, расплывчатыхъ очертаній, возстановить картину преступнаго событія. А этимъ обладаютъ далеко не всѣ, и часто возможность правильной оцѣнки событія уйдетъ отъ разумной критики суда только потому, что талантливаго защитника не будетъ. Талантъ вообще рѣдкая драгоцѣнность и отказываться отъ содѣйствія цѣлой массы талантливыхъ людей на основаніи доводовъ, неосновательность которыхъ была уже достаточно доказана и авторами устава 1867 г., и выдающимися представителями судебнаго вѣдомства и арміи, при реформѣ 1882—1885 г.г.,—совершенно не логично. И, наконецъ, въ защитѣ, какъ средствѣ борьбы за истину, первое условіе—довѣріе подзащитнаго къ своему представителю на судѣ. Это обстоятельство признано какъ незыблемое и дѣйствующимъ уставомъ, для чего внесено правило 742 ст., допускающей право подсудимому видѣться съ своимъ защитникомъ наединѣ. Очевидно, самъ законодатель считаетъ допустимымъ передачу такихъ свѣдѣній, которыя возможны лишь при глубокомъ внутреннемъ единеніи душъ защитника и его кліента. Поэтому часто, при ограниченномъ количествѣ офицеровъ спеціальнаго образованія, могущихъ съ пользой для подсудимаго вести его защиту на судѣ, довѣрія, которое является прежде всего чувствомъ глубоко индивидуальнымъ, не окажется къ назначенному ему защитнику и судъ, изъ-за одного этого, лишится возможности раскрытія истины на судѣ.

---

[1]) Id, стр. 43.

[2]) Id., стр. 48.

А, какъ я показалъ это выше, чѣмъ правосуднѣе и всестороннѣе приговоръ охватываетъ преступное дѣяніе, тѣмъ полнѣе и серьезнѣе услуга суда поддержанію порядка и дисциплины въ войскахъ [1]).

Въ заключеніе не могу не указать на блестящій отзывъ прокурора Петербургскаго военно-окружного суда. Названный прокуроръ полагалъ, что ограниченіе защиты по извѣстнымъ группамъ спеціально воинскихъ преступленій одними офицерами равняется на практикѣ совершенному устраненію защиты и вовсе не вызывается интересами военной дисциплины, такъ какъ совсѣмъ имъ не противно. Эта мѣра была принята и по политическимъ преступленіямъ, затрагивающимъ несравненно большіе интересы, чѣмъ военной службы, и однако, при введеніи усиленныхъ охранъ, какъ недостигающая цѣли, за исключеніемъ совершенно несправедливаго стѣсненія правъ подсудимаго,—отмѣнена [2]). При этомъ нужно указать на чисто практическое соображеніе—отсутствіе кандидатовъ на военно-судебную должность, въ наше время составляющее наиболѣе распространенное явленіе въ судебной жизни. Извѣстны случаи, когда военно-окружной судъ огромнаго Варшавскаго округа въ 1905 г. обслуживался однимъ защитникомъ спеціальнаго образованія, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ, напримѣръ по Харьковскому вооруженному возстанію, одинъ защитникъ защищалъ интересы 29 подсудимыхъ разомъ. Легко видѣть, что здѣсь мы имѣемъ положеніе столь ненормальное, что устраненіе его должно быть поставлено въ самую ближайшую очередь, уже по чисто практическимъ соображеніямъ. Поэтому я высказываюсь за возвращеніе къ старому порядку—допущенія защитниковъ изъ присяжныхъ повѣренныхъ и вообще изъ лицъ, обладающихъ правомъ представительства на судѣ по всѣмъ дѣламъ безъ ограниченій.

Затѣмъ, указываютъ на неравное положеніе сторонъ въ процессѣ ст. 766 и 768, при сопоставленіи ихъ со статьями 762, 736, 737. Въ то время, какъ присутствіе прокурора на судѣ оказывается обязательнымъ, присутствіе защиты на судѣ всегда факультативно и цѣликомъ зависитъ отъ наличности обстоятельствъ, часто находящихся не въ волѣ подсудимаго. Въ этомъ отношеніи, при сравненіи нашего устава съ германскимъ в. с. у., видно крупное преимущество послѣдняго въ дѣлѣ постановки защиты, которая, по нѣкоторымъ родамъ дѣлъ, признана обязательнымъ институтомъ. Нашъ уставъ не только не знаетъ защиты какъ обязательнаго института, но, напротивъ, въ указаніяхъ ст. 762, 736, 737 какъ бы не считаетъ институтъ защиты даже существенно необходимой принадлежностью на судѣ. Статья 762, напримѣръ, говоритъ объ отсрочкѣ засѣданія въ случаѣ болѣзни защитника, какъ явленіи совершенно факультативномъ. Гл. воен. судъ, правда, въ рѣшеніи 1886/116 призналъ вслѣдъ за сенатомъ (1870/117, 1871/1177) отсрочку такую для суда обязательной, въ случаѣ законной причины неявки защитника. Но въ этомъ рѣшеніи Главн. воен. суда скрывается двойная неправильность. Во-первыхъ, изъ текста ст. 762 вытекаетъ несомнѣнно для суда необязательность такой отсрочки: слово „можетъ“ исключаетъ всякое сомнѣніе по этому поводу и значитъ толкованіе, дѣлающее изъ ограничительныхъ для защиты постановленій статьи 762 выводъ категорически благопріятный ея существованію, совершенно не соотвѣтствуетъ грамматическому смыслу закона. Съ другой стороны, требовать законности неявки защитника для отсрочки засѣданій, какъ это сдѣлалъ судъ въ томъ же рѣшеніи, а также въ рѣшеніи 1882/223, совершенно неправильно. На основаніи приведенныхъ рѣшеній оказывается, что защитникъ, не явившись по законной причинѣ, представляется столь необходимымъ для производства суда, что, безъ назначенія, по

---

[1]) Практика Главн. воен. суда въ отношеніи развитія положенія ст. 738 вполнѣ послѣдовательна и въ рядѣ рѣшеній имъ признанъ правильнымъ отказъ со стороны суда, просящаго о допущеніи гражданскихъ защитниковъ по дѣламъ, предусмотрѣннымъ ст. 96—196 в. уст. о наказ.

[2]) Сводъ замѣч., стр. 88.

крайней мѣрѣ, новаго, не можетъ быть открыто производство по дѣлу, и то же лицо, при наличности невозможности увѣдомить о своей болѣзни во-время, лишаетъ подсудимаго всякой возможности бороться съ прокуроромъ равнымъ оружіемъ. Положеніе, конечно, ненормальное. Не зная обязательнаго назначенія защиты даже въ стадіи судебнаго слѣдствія, уставъ нашъ этимъ, въ связи съ указанными выше недостатками, сильно ограничиваетъ право подсудимаго на равныя условія состязательности.

Разсмотрѣвъ эти положенія нашего законодательства, ставящія защиту въ столь стѣсненное положеніе, и сравнивъ общій духъ и смыслъ нашего устава, сказывающіеся напримѣръ въ 783 статьѣ, а также соображенія по вопросу о состязательности сторонъ творцовъ военно-судебнаго устава 1867 г. (объ этомъ выше) и доводы выдающихся лицъ судебнаго вѣдомства и арміи, высказывавшихся въ пользу защиты,—несомнѣнно приходится признать необходимость выхода изъ этого ненормальнаго положенія. Такимъ выходомъ для судебнаго слѣдствія было бы обязательное назначеніе защиты по всѣмъ дѣламъ безъ исключенія, разсматриваемымъ въ судахъ военно-окружныхъ, хотя бы просьбы подсудимаго о томъ и не послѣдовало. Въ этомъ отношеніи умѣстно напомнить прекрасныя слова прокурора Московскаго военно-окружнаго суда, отстаивавшаго полноправіе подсудимаго въ выборѣ себѣ защитника по своему усмотрѣнію [1]).

Наконецъ, опираясь на выводы необходимости для суда особенно настойчиваго поддержанія интересовъ дисциплины въ войскѣ, какъ идеи солидарной зависимости всѣхъ воль во имя принципа воинскаго долга, несомнѣнно можно сказать, что чѣмъ лучше будетъ поставлена защита на судѣ, тѣмъ больше будетъ довѣрія войска въ начало справедливости, равно объемлющее всѣ элементы жизни арміи, и тѣмъ сильнѣе будетъ развиваться чувство солидарной сплоченности, а слѣдовательно сильнѣе внѣдрится и дисциплина [2]). Наконецъ, въ отношеніи остальныхъ статей в. с. у., повторяющихъ содержаніе соотвѣтствующихъ постановленій устава уголовнаго судопроизводства, слѣдуетъ сказать то же, что говорено выше, и потому я, во избѣжаніе повтореній, отсылаю читателя къ сказанному раньше. Но наиболѣе существенныя отступленія отъ равенства сторонъ мы наблюдаемъ въ нашемъ военно-судебномъ уставѣ, такъ же, какъ и въ общемъ, относящимися къ области устраненія защиты обвиняемаго съ момента слѣдствія предварительнаго. Благородныя начала нашего устава, дѣлающія его по справедливости лучшимъ изъ существующихъ, несомнѣнно страдаютъ очень существенно отъ недостаточно проведеннаго принципа состязательности, который поистинѣ можетъ быть названъ душой современнаго процесса. Введеніе начала состязательности на стадіи предварительнаго производства, какъ я уже говорилъ выше, было въ виду у составителей дѣйствующаго у. у. с. Особая коммисія, созданная для этой цѣли при государствен-

---

[1]) «Предлагая ограниченіе свободнаго выбора защитника, нарушаемъ права подсудимаго и государства, такая роль защитника несомнѣнно не исчерпывается однимъ присутствіемъ его на судѣ. Защита гарантируетъ права подсудимаго на судѣ и отсюда очевидно, что защитникомъ должно быть обязательно лицо, свѣдущее въ законахъ... Если на судѣ будетъ фигурировать защитникъ, неудовлетворяющій этимъ требованіямъ, то права подсудимаго не будутъ гарантированы болѣе, чѣмъ при совершенномъ отсутствіи защиты. Что же касается до подсудимаго вообще и военнаго сословія въ частности, то излишне распространяться о томъ, что интересы того и другого не могутъ быть удовлетворены столь несовершенной постановкой защиты на судѣ». (Сводъ зам. къ ст. 10 проекта, стр. 38).

[2]) Авторы дѣйствующаго устава прекрасно поняли такое значеніе дисциплины, изложивъ это понятіе въ слѣдующихъ словахъ: «безпрекословное повиновеніе подчиненныхъ начальнику, а съ другой стороны постоянная бдительность и строгій надзоръ начальника надъ подчиненными, не только въ отношеніи служебной исполнительности, но и въ отношеніи нравственности и образа жизни,—должны сковывать всѣ элементы, арміи составляющія, въ одну цѣпь, коей звенья, не взирая на различную степень развитія каждаго, никакъ не должны отрываться одно отъ другого. Иначе въ тѣ трудныя для государства минуты, когда единодушное напряженіе всѣхъ силъ должно быть обращено волею одного къ общей цѣли, достиженіе успѣха будетъ невозможно» (Сборн. законод. раб., стр. 15).

ной канцеляріи, высказалась вполнѣ за допущеніе защиты на предварительномъ слѣдствіи. Статья 255 проекта допускала защиту съ этого процессуальнаго момента, а ст. 257 шла далѣе, чѣмъ лучшія изъ современныхъ иностранныхъ законодательствъ, допуская защитника присутствовать при всѣхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ, хотя бы производящихся при закрытыхъ дверяхъ.

Въ объяснительной запискѣ къ проекту устава 1863 г. [1]) авторы ея признали, что въ интересахъ устраненія односторонняго вліянія прокурора на слѣдователя, необходимо, для сохраненія равенства сторонъ, допущеніе защитника. „Предоставленіе обвиняемому права защиты является неизбѣжнымъ послѣдствіемъ допущенія представителя обвинительной власти къ присутствованію при всѣхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ,... ибо какъ на судѣ, такъ и при слѣдственныхъ дѣйствіяхъ, права сторонъ одинаковы". Но Государственный Совѣтъ отвергнулъ эти соображенія, опасаясь вреднаго вліянія защитника на дѣлопроизводство [2]). Наконецъ, и составители проекта нынѣ дѣйствующаго устава признали защиту на предварительномъ слѣдствіи необходимымъ институтомъ». Неизбѣжно приходится отказать самой идеѣ чисто инквизиціоннаго слѣдствія, принявъ то начало, что дифференціація уголовно-судебной защиты начинается съ самаго момента возникновенія всякаго уголовнаго производства" [3]). „Интересы обвиняемаго и высшія требованія правосудія въ одинаковой мѣрѣ указываютъ на необходимость предоставленія лицу, привлеченному судьей къ отвѣтственности, приглашать къ себѣ на помощь опытнаго юриста, могущаго, если не разсѣять, то поколебать сложившееся, но можетъ быть и неосновательно, предубѣжденіе". Въ числѣ лицъ, написавшихъ этотъ отзывъ, были блестящія имена нашей науки: Спасовичъ, Фойницкій, Случевскій, Кони и др. Замѣчательно, что и большинство членовъ, несогласное съ этими положеніями, признавало ихъ теоретически правильными и противилось введенію защиты лишь по чисто практическимъ соображеніямъ [4]). Составители дѣйствующаго военно-судебнаго устава, принявъ за основаніе стремленіе сблизить какъ можно больше общій и военный процессы законодательства, не подымали и вопроса объ измѣненіи началъ предварительнаго слѣдствія, которое перешло въ воен. суд. уст. безъ существенныхъ измѣненій. Но авторы военнаго законодательства, однако же, измѣнили, къ очень большой выгодѣ в. с. у., положеніе военнаго слѣдователя въ сравненіи съ гражданскимъ. Военные слѣдователи наши назначаются изъ лицъ прокурорскаго надзора, бывшихъ уже долгое время помощниками и пріобрѣвшихъ значительный судебный опытъ, въ чемъ они имѣютъ крупное преимущество въ сравненіи съ гражданскими слѣдователями, назначаемыми изъ самыхъ молодыхъ и постольку неопытныхъ юристовъ. Затѣмъ военное слѣдствіе не имѣетъ той безпредѣльности содержанія, на которую я указывалъ при анализѣ характера слѣдствія обще-судебнаго, ограничиваясь изслѣдованіемъ преступнаго дѣянія въ границахъ, указанныхъ въ предложеніи начальства, что даетъ ему громадныя преимущества въ дѣлѣ замѣны розыска судебнымъ изслѣдованіемъ доказательствъ.

Наконецъ, военный слѣдователь не можетъ приступить къ производству по собственной иниціативѣ и этимъ нашъ военно-судебный уставъ снова выгодно отличается отъ своего гражданскаго прототипа. Однакоже, и коммисія по составленію дѣйствующаго

---

[1]) Стр. 160.

[2]) Журналъ соед. деп. 1864 г. № 47, стр. 32.

[3]) «Одна изъ существенныхъ задачъ производства нынѣшняго судебнаго преобразованія должна заключаться именно въ возможно равномъ сближеніи слѣдствій судебнаго и предварительнаго, которыя въ дѣйствующемъ законѣ производятъ впечатлѣніе двухъ разнородныхъ половинъ, приставленныхъ одна къ другой и даже не слитыхъ. Предполагаемый въ первой стадіи процесса виновнымъ—превращается во второй—въ невиннаго, получая внезапно право на защитника».

[4]) Объ этомъ объясн. зап. къ проекту 1900 г., стр. 132.

устава признала, что «если за слѣдствіемъ въ окружныхъ судахъ гражданскаго вѣдомства учиненъ надзоръ, то то же слѣдуетъ имѣть въ виду и по отношенію къ военнымъ слѣдователямъ». Затѣмъ, въ виду невозможности осуществить надзоръ вполнѣ со стороны прокуратуры, наблюденіе отчасти было передано военному начальству [1]). Пересмотръ в. с. у. далъ и здѣсь драгоцѣнныя указанія на значеніе надзора военнаго начальства за предварительнымъ слѣдствіемъ. Статсъ-секретарь Философовъ въ отношеніи ст. 463 уст. 1867 г. говорилъ, что «военное начальство, затрудняемое исполненіемъ своихъ прямыхъ обязанностей, относится къ наблюденію совершенно безразлично и проявляетъ это право лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда по ходу слѣдствія задѣваются интересы лицъ ими особо покровительствуемыхъ, или открываются обстоятельства, возбуждающія ихъ личную отвѣтственность» [2]). Прокуроръ Кіевскаго окружнаго суда указывалъ на то же самое, точно такъ же, какъ предсѣдатель Петербургскаго воен. окр. суда и др. [3]). Наконецъ, мысль составителей проекта обратилась и на необходимость введенія защиты съ момента предварительнаго слѣдствія. Въ своихъ замѣчаніяхъ на ст. 10 проекта т. с. Крыловъ полагалъ совершенно необходимымъ введеніе защиты и на предварительномъ слѣдствіи, имѣющемъ въ уголовномъ судопроизводствѣ рѣшающее вліяніе на судебный приговоръ [4]). Поэтому т. с. Крыловъ полагалъ необходимымъ присутствіе на предварительномъ слѣдствіи опытнаго юриста, который «будетъ особенно полезенъ для нижнихъ чиновъ, незнакомыхъ съ юридическими тонкостями и не могущихъ знать, что то или иное обстоятельство совершенно измѣняетъ характеръ преступленія» [5]). Предложеніе т. с. Крылова было отвергнуто безъ обсужденія, очевидно потому, что общій уставъ у. с. не зналъ этого института. Теперь, когда проектъ министра юстиціи въ этомъ отношеніи призналъ его принципіально необходимымъ, остается желать, чтобы в. с. у., какъ можно скорѣе, устранилъ крупное нарушеніе состязательной борьбы сторонъ, перейдя къ порядку защиты на предварительномъ слѣдствіи, какъ это сдѣлано уже въ арміи французовъ. Безъ сомнѣнія, военно-служащій, въ особенности солдатъ, въ силу своей юридической безпомощности, особенно нуждается въ защитѣ на предварительномъ слѣдствіи, которая можетъ измѣнить совершенно постановку дѣла на судѣ, а потому введеніемъ защиты въ этой стадіи производства нашъ уставъ только докончить величавое дѣло обезпеченія интересовъ и правъ личности, бывшее завѣтной мечтой воинской судебной реформы.

Глава XXI.

При анализѣ понятія независимости суда бросается въ глаза тотъ замѣчательный фактъ, что даже противники принципа раздѣленія властей считаютъ этотъ институтъ необходимымъ условіемъ правильнаго развитія государственной жизни и охраняющаго ее суда [6]). По мнѣнію Эсмена, независимость оправдывается для новѣйшихъ писателей

---

[1]) Закон. сборн., стр. 60.

[2]) Сводъ замѣч. къ законопр. № 11, стр. 43.

[3]) Idem, стр. 46—52.

[4]) «Слѣдователь, приступая къ дѣлу, усваиваетъ себѣ какой нибудь опредѣленный взглядъ на дѣло, старается убѣдиться въ немъ и къ нему направляетъ всѣ свои изысканія. Многое ускользаетъ отъ его вниманія и большею частью то, что не подходитъ подъ его взглядъ».

[5]) Замѣч. къ запискѣ № 13, стр. 35.

[6]) Объ этомъ Эсменъ—цит. соч., стр. 271 и 285.

идеей, простой и сильной, независимости подсудимаго [1]). Но это не совсѣмъ такъ,— здѣсь вопросъ идетъ, болѣе чѣмъ гдѣ либо, о сохраненіи общественнаго порядка путемъ охраненія справедливости, для которой право и судъ суть лишь служебные органы отвѣчающіе изначальнымъ внутреннимъ притязаніямъ на осуществленіе этого понятія, выработаннаго, въ результатѣ эволюціи общежитія и этики, человѣческой природой. Независимость суда институтъ прежде всего соціальный и постольку политическій. Въ своемъ практическомъ выраженіи, независимость суда означаетъ наивысшую гарантію примѣненія права справедливости въ отношеніи личности, путемъ надлежащей конституціи среды, въ которой дѣйствуетъ сложная юридическая машина. Охраняя права личности, она тѣмъ самымъ способствуетъ поддержанію мира, спасая общество отъ самосуднаго осуществленія своихъ правъ личностью, которое въ нашемъ типѣ цивилизаціи уже невозможно. Поэтому личный персоналъ судебнаго вѣдомства долженъ быть составленъ изъ людей свѣдущихъ, но главное способныхъ осуществлять свою сложную, тонкую работу» [2]).

Стремленіе къ независимости суда является столь естественнымъ, что безъ него немыслимо сколько-нибудь правильное отправленіе государственной жизни, что сознавалось очень давно [3]). Во Франціи въ эпоху утвержденія абсолютизма, казалось, исключавшаго всякую возможность независимости какой-либо силы въ государствѣ отъ короля, поскольку французская королевская власть не исключаетъ традиціонной потребности существовать, во имя пользы государства она устанавливаетъ несмѣняемость судей уже съ 1467 г. Величайшій знатокъ стараго порядка говоритъ о французской магистратурѣ очень благосклонно въ своей геніальной книгѣ. Онъ указываетъ на тотъ знаменательный фактъ, что лишеніе старой Франціи права на самоопредѣленіе не вело къ обезличенію судовъ передъ властями. «Этотъ великій порокъ, не только развращающій судью, но въ короткое время заражающій и весь народъ, былъ совершенно чуждъ праву стараго порядка» [4]). Даже въ прокуратурѣ, этихъ «людяхъ короля», мы встрѣчаемъ глубокое сознаніе своихъ обязанностей и потребность охраненія самостоятельности въ выполненіи своего долга, независимо отъ усмотрѣніи правительства. Вся традиція суда стараго порядка укладывалась въ эти благородныя слова Омеръ Талона, который говорилъ абсолютному Людовику XIV въ 1649 г.: «для славы короля мы должны быть свободными людьми, а не рабами; достоинство короны измѣряется качествами тѣхъ, кто ей служитъ». Эти идеи были наслѣдственны. Много раньше, при Франциске I, Генріонъ де Мемъ рѣшился сказать королю, прочившему его на смѣну непокорнаго генеральнаго прокурора: «государь, онъ адвокатъ короны, слуга своихъ обязанностей, а не Вашихъ страстей». Но даже въ государствахъ, лишенныхъ великихъ историческихъ традицій Франціи, ея политическаго разума и ея сознанія своихъ интересовъ, институтъ независимости суда сдѣлалъ громадныя завоеванія. Въ Германіи независимость судей была установлена закономъ 7 августа 1495 г. и затѣмъ проходитъ, какъ неизмѣнная мысль королей, черезъ законодательства 1595 г., 1648 г., 17 мая

---

[1]) Idem, стр. 271,

[2]) «Когда разсмотримъ то, что относится до дѣятельности юстиціи, и тѣ рѣдкія качества, которыя предполагаются у тѣхъ, кто носитъ ея обязанности, приходится сомнѣваться—найдется ли столь совершенное существо, которое могло бы возложить на себя эти обязанности. Устанавливать право для себѣ подобныхъ распутывать истину между двумя утвержденіями противорѣчивыми, лишать одного для другого, располагать свободой, честью, жизнью... Задача вопроса состоитъ въ томъ, чтобы найти систему, которая бы сосредоточивала юстицію въ рукахъ болѣе честныхъ, болѣе способныхъ и, я добавлю, болѣе независимыхъ». Объ этомъ см. Favre—De la reforme judiciaire, 1877 р., 16.

[3]) Фойницкій—Курсъ уг. судопр., 1902 г., стр. 175.

Токвиль говоритъ: «Первымъ условіемъ справедливаго суда—есть полная независимость судьи». Стар. пор. и рев., стр. 59, 1903 г.

[4]) Токвиль, стр. 134, 135 и 136.

1654 г. и, наконецъ, въ конституціи Германской имперіи провозглашена какъ основной принципъ государственной жизни. Несмѣняемость была введена въ 1874 году даже въ Турціи.

Изъ приведенныхъ данныхъ видно, что не только въ теоріи, но и практически институтъ независимости обошелъ всѣ безъ исключенія страны Европы. Наконецъ, политическое значеніе института независимости суда сказалось болѣе всего въ новѣйшей французской исторіи, когда, послѣ каждаго глубокаго политическаго измѣненія государственнаго устройства, правительство объявляло порядокъ независимости временно устраненнымъ, смѣняя негодныхъ ему судей. Поскольку однако суверенитетъ верховной власти означаетъ ея полновластіе въ практическомъ осуществленіи формъ государственной жизни, независимость являлась не болѣе какъ актомъ извѣстнаго самоопредѣленія ея во имя достиженія высшихъ государственныхъ потребностей въ обезпеченіи мирнаго порядка [1]). Въ виду этого современная государственно-правовая доктрина и пришла къ необходимости разсматривать систему государственныхъ органовъ политической жизни какъ сумму юридическихъ полномочій, отправленіе которыхъ составляетъ не столько право, сколько обязанность этихъ послѣднихъ. Анализируя формы дѣятельности монарха въ конституціонномъ государствѣ, профессоръ Іелинекъ говоритъ: «Назначеніе судей зависитъ отъ монарха только въ томъ смыслѣ, что ему принадлежитъ право выбора изъ числа лицъ, соотвѣтствующихъ всѣмъ предъявляемымъ къ судьѣ законнымъ требованіямъ, наличная же судебная организація не зависитъ отъ его воли. Назначая судей монархъ осуществляетъ не право, а обязанность» [2]). Это начало инезависимост юстиціи было оцѣнено по достоинству въ знаменитомъ сочиненіи Монтескье, побудивъ его выдѣлить судебную власть въ совершенно самостоятельное существованіе отъ функцій власти административной, что принято практически въ настоящее время во всѣхъ государствахъ цивилизованнаго міра.

Въ своемъ юридическомъ выраженіи, начало независимости предполагаетъ совершенное отдѣленіе судебной власти отъ исполнительной и, какъ дальнѣйшее развитіе заключающагося въ этомъ принципѣ начала, независимость судей съ достаточнымъ обезпеченіемъ ихъ матеріальныхъ потребностей и соціальнаго положенія ихъ въ государствѣ. Однако, наибольшее значеніе для поддержанія независимости и безпристрастности приговоровъ судьи имѣетъ несмѣняемость, обезпечивающая для него возможность оставаться на занимаемомъ посту, въ зависимости лишь отъ собственной воли, до тѣхъ поръ, пока онъ не совершитъ преступленія. Какъ слѣдствіе отсюда вытекаетъ его право получать слѣдуемое отъ государства содержаніе и устраненіе всякой возможности со стороны правительства вліять на совѣсть судей организаціей повышеній и наградъ по службѣ, дающихъ возможность судьямъ вносить субъективную дѣятельность сочувствія правительственнымъ видамъ [3]). Но если эта машина состоитъ изъ плоти и

---

[1]) «Только при установленіи независимой юстиціи можетъ быть обезпечено начало законности въ странѣ и право каждаго лица въ государствѣ получать надлежащую защиту. Учрежденіе суда должно являться принципомъ самоограниченія государственной власти: какъ бы она ни суживала или ни расширяла при этомъ границы судейскихъ полномочій, въ предѣлахъ этихъ границъ, она признаетъ самостоятельность судьи». Іерингъ—Цѣль въ правѣ, 1881 г., пер. Муравьева, стр. 284—290.

[2]) Цит. соч., стр. 453.

[3]) «Объ этомъ см. Pirard Jnamovibilité de la magustrature et nécessité de la maintenire 1879. Garsonnait Traité theorique et pratique de procedure 1898 t. I p. 190, 207. «L'inamovibilité de magistrats repose en effet sur des motifs de l'ordre le plus respectable et le plus élevé: elle ne pas, comme on feint souvent de le croire, le privilège du juge mais la garantie de justicable; ce n'est ni par ègard pour la dignité du magistrat, ni dans l'intérêt de sa tranquilité qu'on le place dans cette situation enviable; c'est pour qu'il trouve dans son indépendance le courage de résister aux sollicitations et aux menaces, d'où qu'elles puissent venir de frapper tous les coupables si haut qu'ils soient placés, et de n'écouter jamais d'autre voix que celle de sa conscience».

Въ этомъ смыслѣ несмѣняемость проведена лучше всего въ Англіи, гдѣ судья можетъ быть смѣщенъ

костей, если въ ея механизмъ входятъ не колеса и винты, цѣпи и желѣзныя скрѣпленія, а кровь, идея, увлеченіе, симпатіи, честолюбіе, робость, уклоненіе отъ борьбы,— тогда и нужно создать въ системѣ судебныхъ учрежденій такую организацію, которая расчитывала бы не на идеальныхъ и постольку рѣдкихъ людей, а на обычнаго человѣка, средней общественной добродѣтели и среднихъ общественныхъ недостатковъ. Добродѣтели, требуемыя отъ судьи, такъ необычайны, качества разума и сердца, которыя нужны ему въ его дѣятельности, столь возвышенны, что всякія средства, могущія обезпечить ему необходимое спокойствіе, должны быть пущены въ ходъ со стороны государственной власти, заботящейся о сохраненіи общественнаго порядка. Еще Бомануаръ составилъ списокъ качествъ, необходимыхъ судьѣ, которыя намѣчаютъ, въ сопоставленіи съ выводами дальнѣйшихъ писателей касательно этого же предмета, замѣчательную эволюцію чувствъ гуманности и уваженія къ человѣку [1]). Совсѣмъ иначе звучатъ тѣ же разсужденія пять вѣковъ спустя въ устахъ знаменитаго Дюпатю—президента Бордосскаго парламента [2]) и Беккаріа, въ его соч.—О преступл. и наказ. [3]).

Эти высокія качества судьи предполагаютъ со стороны государства и теоретически и на практикѣ, въ силу неизбѣжныхъ условій человѣческаго существованія, довѣріе къ дѣятельности судьи и обезпеченіе его независимости отъ вмѣшательства высшихъ судебныхъ инстанцій. Необходимость гарантій правосудія обязываетъ государство слѣдить за единообразнымъ примѣненіемъ закона и за достаточной послѣдовательностью осуществленія судами своего долга. Въ зависимости отъ этого, типы надзора не должны быть стѣснительными и устройство судовъ должно исключать всякую возможность практически подчинять судей однихъ другимъ. Въ Англіи, напримѣръ, надзоръ за высшими судами принадлежитъ лишь парламенту и этимъ обезпечивается полная самостоятельность судовъ въ предѣлахъ ихъ дѣятельности. Во Франціи такой надзоръ осуществляется министромъ юстиціи и прокуроромъ, кассаціоннымъ судомъ и предсѣдателемъ суда, въ Германіи и Австріи—тѣми же учрежденіями, но съ ограниченіемъ роли прокуратуры въ надзорѣ. Любопытно въ этомъ отношеніи, что во Франціи министръ юстиціи можетъ дѣлать выговоры даже членамъ кассаціоннаго суда. Въ Австріи и Пруссіи предсѣдатели судовъ дѣлаютъ членамъ замѣчанія и выговоры, такъ что въ этомъ случаѣ независимость судовъ, въ отношеніи вліяній, далеко отстаетъ отъ величаваго полновластія англійскихъ судей [4]). Благодаря въ высокой степени разумной организаціи англійскихъ судей, 26 полицейскихъ судей Лондона рѣшаютъ до 600 тысячъ дѣлъ, при чемъ на этотъ громадный процентъ приходится всего лишь 200 апелляціонныхъ жалобъ [5]).

Посмотримъ—въ какомъ видѣ осуществлены эти начала, обезпечивающія правильность судебныхъ приговоровъ, у насъ. При реформѣ 1864 года, составители, какъ это

съ своей должности, не иначе, какъ постановленіемъ обѣихъ палатъ парламента, если онъ совершилъ какое-либо уголовное правонарушеніе страны. Въ литературѣ, такимъ образомъ, прочно установлена основная идея необходимости сдѣлать судью безстрастнымъ исполнителемъ воли закона. По глубоко вѣрной мысли профессора Владимірова, идеальный судья есть машина и всѣ усилія государственной власти должны быть направлены къ созданію въ немъ наивысшей степени механичности исполненія закона. Владиміровъ—Судъ присяжныхъ, стр. 15—17.

[1]) Онъ требуетъ: 1) мудрости; 2) религіозности; 3) кротости, но не къ злодѣямъ, но тутъ же прибавляетъ—«хотя злодѣй является болѣе по невѣжеству, нежели по злобѣ»; 4) онъ долженъ быть независимымъ въ сужденіяхъ, 5) щедрымъ, 6) не долженъ служить господину, ставящему свою волю выше закона и 7) честнымъ. Цит. соч. ch. I.

[2]) Объ этомъ Esmein—Histoire de la procedure criminaille en France, p. 395; 1882 г.

[3]) Ch. VIII.

[4]) Объ этомъ Михайловскій—Основн. принципы угол. суда, стр. 138—150, 1906 г. и, помимо указ. ранѣе, Фойницкій—Судебно-угол. кодексы Германіи; Ж. гр. и уг. права, іюнь, 1877 г., стр. 75—79.

[5]) Franqueville, t. II, p. 396.

будетъ видно ниже, приняли всѣ мѣры къ тому, чтобы поставить у насъ представителей судебнаго вѣдомства на должную высоту и обезпечить за ними нужную самостоятельность въ дѣлѣ отправленія правосудія. Въ статьѣ 5 основныхъ положеній, авторы дѣйствующаго устава провозгласили обязательность отдѣленія власти судебной отъ административной. Затѣмъ, принципъ несмѣняемости суда былъ торжественно провозглашенъ въ ст. 72 и 243 учр. суд. уст., а начало независимости охраняемо положеніями 262—269, 212, 237—239 и 248 ст. учр. суд. уст. Содержаніе этихъ статей столь категорично провозглашало начало независимости суда, что сенаторъ Бутковъ имѣлъ право написать свои замѣчательныя слова, внося проектъ уставовъ въ Государственный Совѣтъ: «если судебная власть будетъ поставлена въ полную и совершенную независимость отъ власти административной, то успѣхъ дѣла судебной реформы несомнѣненъ». Насколько вѣрно цѣнили авторы дѣйствующаго устава значеніе отдѣленія судебной власти отъ административной, показываютъ слова составителей его по этому вопросу: «дѣла судебнаго вѣдомства касаются важнѣйшихъ интересовъ частныхъ лицъ, ихъ гражданской жизни, чести и достоянія, въ дѣлахъ этого рода могутъ быть нерѣдко заинтересованы лица сильныя по своему положенію въ обществѣ, поэтому судьи должны быть поставлены въ положеніе сколь возможно большей независимости» [1]). Авторы у. у. с., сознавая огромную роль постановки судоустройства для правильнаго функціонированія судебной жизни страны, указывали на это въ своихъ коментаріяхъ [2]). Обсуждая вопросъ положенія судей въ отношеніи другъ къ другу, составители устава вполнѣ правильно оцѣнивали необходимость устраненія какихъ бы то ни было условій чинопочитанія и подчиненности между членами судебныхъ коллегій. Глубочайшее пониманіе сущности дѣла надлежащаго обезпеченія правосудія показываютъ слѣдующія поистинѣ замѣчательныя слова авторовъ объяснительной записки: «для правильнаго устройства суда необходимо, сверхъ присвоенныхъ судьямъ несмѣняемости и слѣдовательно независимости, доставить должности судьи такое значеніе, чтобы въ глазахъ самихъ судей и глазахъ всего общества важность оной зависѣла не отъ того или другого чина, пріобрѣтеннаго имъ на службѣ, а отъ сущности тѣхъ обязанностей, которыя неразрывно связаны съ званіемъ судьи» [3]). Точно такую же бережную заботу высказывали они при обсужденіи характера и мѣръ судебнаго надзора. Они говорили, что главнымъ условіемъ, при осуществленіи надзора, должно имѣть охраненіе независимости и самостоятельности суда, «безъ чего не можетъ быть суда въ собственномъ значеніи этого слова». Поэтому они стремились устранить въ надзорѣ всякія личныя вліянія, могущія поколебать судебную стойкость [4]). Въ мотивахъ къ ст. 256 и ст. 264 указывалось на необходимость особой осторожности пользованія предоставленными въ нихъ правами; однимъ словомъ, всѣ идейныя требованія доктрины и практики старыхъ европейскихъ судебныхъ порядковъ были авторами дѣйствующаго устава соблюдены. Ограниченіе этого правила, изложенное въ ст. ст. 228, 229, 231, 295 и 296, не нарушало принципа. Несмѣняемость судей у насъ получила очень серьезныя ограниченія въ законодательной новеллѣ 20 мая 1885 г., внесенной въ дѣйствующій уставъ подъ именемъ ст. 295². При сопоставленіи ея со ст. 243 видно значительное противорѣчіе постановленіямъ послѣдней, допускавшимъ удаленіе судей отъ должности не иначе какъ по суду, за преступное дѣяніе, покрытое уголовнымъ приговоромъ". Положенія ст. 295² тѣмъ болѣе

---

[1]) Суд. уст. изд. госуд. канцел., т. III, стр. 169, 177.

[2]) «Правильное устройство судовъ мѣстныхъ такъ же необходимо, какъ и хорошее судопроизводство, ибо безъ судоустройства самыя совершенныя формы судопроизводства остались бы безъ исполненія». Суд. уст. изд. госуд. канцеляр., т. III, стр. VII.

[3]) Id., стр. 161.

[4]) Id., стр. 177—178.

суровы, что устанавливаютъ крайне неопредѣленное содержаніе проступковъ, именуемыхъ „предосудительными“, и по столько противорѣчивы требованіямъ современной уголовной политики—яснаго и точнаго выраженія признаковъ противоправной дѣятельности [1]).

Теперь посмотримъ, на сколько удовлетворено требованіе независимости въ нашемъ военно-судебномъ уставѣ? Несомнѣнно, что творцы нашего военнаго кодекса, поставивъ своимъ принципомъ какъ можно большее сближеніе началъ общаго и военнаго судопроизводства и судоустройства не могли пройти безгласными мимо столь важнаго начала современнаго процесса, какимъ является независимость суда. Дѣйствительно, въ сборникѣ законодательныхъ работъ содержатся весьма замѣчательныя страницы, касающіяся обсужденія этого вопроса. Коммисія по составленію дѣйствующаго в. с. у. пришла въ своемъ большинствѣ къ мысли о непримѣнимости института несмѣняемости въ военно-судебномъ вѣдомствѣ вовсе не изъ принципіальныхъ соображеній. Коммисія совсѣмъ не полагала, что самой дѣятельности судебныхъ учрежденій въ военномъ мірѣ не свойственно органически начало независимости судей. Да это было и невозможно въ силу той очевидной для комиссіи истины, которую я пытался доказать на страницахъ этого сочиненія чисто теоретическимъ путемъ, что если армія должна имѣть судъ въ его полномъ значеніи, то не мыслимо было бы, не вступая въ коренное противорѣчіе съ своими выводами, отказаться отъ главнаго условія, обезпечивающаго правильность судопроизводства. Коммисія и провозгласила независимость въ ст. 4, устанавливая судебное верховенство въ оцѣнкѣ и охраненіи точной силы закона за Главнымъ военнымъ судомъ, проведя эту мысль далѣе черезъ цѣлый рядъ статей—154, 155, 171, 172, 173, 174, 185, 186, 187. Но, исходя изъ соображеній чисто временнаго характера, коммисія не рѣшилась установить начало несмѣняемости, являющееся, по выраженію авторовъ у. у. с., существеннымъ основаніемъ, отъ котораго зависитъ самый судъ, въ собственномъ значеніи этого слова. «На судебныя мѣста, въ особенности первое время, придется назначать не малое число лицъ, далеко не соотвѣтствующихъ важности судейскихъ обязанностей» — говорили творцы в. с. у. Большинство коммисіи находило далѣе идею несмѣняемости, въ ея примѣненіи къ военному суду, совершенно вѣрной, но полагало невозможнымъ примѣненіе фактическое потому, что «въ результатѣ придется терпѣть неопредѣленное время людей недостойныхъ». Слѣдующій аргументъ большинства былъ тотъ, что военные суды могутъ, по условіямъ военной службы, открываться въ столь неудобной для жизни мѣстности, что желающихъ замѣстить вакансіи не найдется [2]). Въ отвѣтъ на эти доводы, три члена коммисіи изложили въ обстоятельной критикѣ недостаточную правильность выводовъ, къ которымъ пришло большинство коммисіи при обсужденіи вопроса о несмѣняемости судей. Въ отношеніи перваго аргумента меньшинство находило, что подобное же обстоятельство возможно и на гражданской службѣ, гдѣ однако несмѣняемость проведена въ полной мѣрѣ. А между тѣмъ, институтъ несмѣняемости столь важенъ, что, по мнѣнію меньшинства членовъ, безъ него «конечно нельзя достигнуть полной самостоятельности судей, общественнаго къ нимъ довѣрія и отдѣленія судебной власти отъ административной» [3]).

Члены указывали далѣе на то обстоятельство, что военные судьи, въ силу совершенно исключительнаго положенія, ими занимаемаго, должны обладать и соотвѣт-

---

[1]) Болѣе подробный анализъ положеній учрежденій судебныхъ установленій не произведенъ мною въ виду совершенной краткости срока, оставшагося на окончаніе диссертаціи.

[2]) Сборн. зак. раб., стр. 31.

[3]) «Несмѣняемость судей составляетъ весьма важную гарантію для подсудимаго, и въ то время, когда этой гарантіей будутъ пользоваться всѣ лица гражданскаго вѣдомства, нельзя лишать оной лицъ, посвятившихъ себя на службу въ военномъ вѣдомствѣ» (id., стр. 32).

ственными этому правами, и совершенно справедливо обращали вниманіе на несоотвѣтствіе принятыхъ мнѣній самымъ положеніямъ коммисіи, Высочайше одобреннымъ, объ изъятіи военныхъ судовъ отъ всякаго вліянія строевыхъ начальниковъ, что, безъ предоставленія военнымъ судьямъ права несмѣняемости, невозможно». На основаніи этого, меньшинство полагало ввести несмѣняемость судей и въ военное вѣдомство, но по истеченіи трехлѣтняго промежутка съ момента приведенія въ дѣйствіе устава. Однако, что касается независимости судей отъ строевыхъ начальниковъ, то въ этомъ случаѣ авторы устава 1867 г. шли довольно далеко и предоставляли право наложенія дисциплинарнаго взысканія, за проступки членовъ судебнаго вѣдомства, одному лишь Главн. воен. суду. На это обстоятельство было обращено вниманіе главнаго военнаго прокурора, въ запискѣ № 4, 1882 г., гдѣ онъ предлагалъ предоставить право дисциплинарныхъ взысканій, въ отношеніи лицъ судебнаго вѣдомства, военному министру и устанавливалъ совершенно новое право начальника округа подвергать дисциплинарнымъ взысканіямъ въ объемѣ выговоровъ и замѣчаній даже предсѣдателей военно-окружныхъ судовъ. Въ отношеніи военныхъ слѣдователей проектъ предоставлялъ начальнику округа обладаніе всею властью, предоставленной дисциплинарнымъ уставомъ въ отношеніи лицъ, равныхъ съ нимъ званій. Эти положенія записки, уничтожающія въ отношеніи военныхъ слѣдователей совершенно, а въ отношеніи предсѣдателей военно-окружныхъ судовъ—очень существенно, право независимости, присвоенное имъ уставомъ 1867 г., объяснялись тѣмъ, что «существующій порядокъ не можетъ быть оправдываемъ ни компетенціей Главнаго военнаго суда, ни условіями воинской подчинности».

Соображенія Главнаго военнаго прокурора, чрезвычайно ограничительнаго для судейской независимости характера, встрѣтили весьма серьезныя возраженія въ лицахъ не только судебнаго вѣдомства, но, что всего замѣчательнѣе, даже у самихъ представителей командного элемента въ войскахъ. Таковы замѣчанія командира 4-го армейскаго корпуса, генерала Духонина, прокурорскаго надзора Московскаго военно-окружнаго суда и др. [1]). Генералъ-лейтенантъ Фирксъ, исходя изъ желанія охранить судейскую независимость, указывалъ на то, что цѣли проекта будутъ достигнуты предоставленіемъ права военному министру предлагать Глав. воен. суду разбирать указанные проступки противъ дисциплины въ распорядительномъ засѣданіи суда и обязывать Глав. воен. судъ представлять военному министру по такимъ дѣламъ свои заключенія. Далѣе, цѣлая группа лицъ, во главѣ которыхъ стояло блестящее боевое имя генерала Скобелева, генералы Шуваловъ, Лейхтъ и др., изъ юристовъ—Неѣловъ и Философовъ указывали, что расширеніе власти военнаго министра и начальника округа, изложенное въ ст. 31-й проекта, грозитъ устранить совершенно самостоятельность военныхъ судовъ, «которая всегда была лучшей гарантіей въ дѣлѣ отправленія правосудія». При этомъ тайный совѣтникъ Неѣловъ указывалъ на полную неопредѣленность понятія «не относящихся къ службѣ обязанностей» и высказывалъ опасеніе, что этотъ порядокъ вызоветъ лишь новыя нареканія военнаго начальства на судебное вѣдомство. Генералъ-лейтенанты Длотовскій, Слуцкой, Овандеръ, Кузьминъ и др. находили, что предложенныя измѣненія в. с. у. поведутъ къ уничтоженію самостоятельности суда и считали постольку ихъ нежелательными. Названныя лица ссылались на тотъ фактъ, что если въ огражденіе самостоятельности и престижа командира полка, онъ гарантированъ въ должной мѣрѣ ст. 38, 5, 48 и 50 XXIII книги с. в. п., то въ отношеніи лицъ судебнаго вѣдомства—тѣмъ болѣе нужно сохранить существовавшій порядокъ[2]). Что же касается постановленій теперешней ст. 178, то генералы Длотовскій, Мельницкій, Иващенко и др. полагали, что мѣра эта поставитъ судъ въ прямую зависимость отъ администраціи. Статсъ-секретарь Филосо-

---

[1]) Въ сводѣ замѣч. къ запискѣ № 11, стр. 14—18.

[2]) Замѣч. на измѣн. ст. 173, стр. 4—8.

фовъ въ отношеніи ея опасался неединообразія практики, а генералъ-лейтенанты Скобелевъ и Анчутинъ допускали ее какъ мѣру совершенно исключительную; въ примѣненіи же какъ общее правило—находили ее «вредной» [1]).

При обсужденіи означеннаго положенія [2]) дѣйствующаго в. с. у. въ комитетѣ генералъ-лейтенанта Гурко, положенія теперешней 178 ст. встрѣтили тѣ же возраженія со стороны тайн. сов. Проворова, полагавшаго, что вмѣшательство начальника округа въ ходъ дѣятельности суда влечетъ за собою непремѣнную освѣдомленность въ юридической спеціальности, которой у начальника округа можетъ и не оказаться. На это Главный военный прокуроръ возразилъ, что здѣсь рѣчь идетъ о «движеніи дѣлъ», а не о рѣшеніи ихъ, почему комитетъ съ этимъ и согласился. Въ проектѣ было пояснено, что съ понятіемъ обще-служебнаго порядка связано, между прочимъ, и «недопущеніе во время засѣданій и вообще во время отправленія должности какихъ-либо дѣйствій и поступковъ, не соотвѣтствующихъ требованіямъ воинской дисциплины и чинопочитанія». Затѣмъ дѣйствующая 178 ст. включаетъ понятіе не только движенія, но и «положенія дѣлъ», о которомъ предоставляется право начальнику округа требовать необходимыхъ докладовъ и осуществлять свой надзоръ. Понятіе же положенія дѣла столь широко, что захватываетъ весь кругъ спеціальныхъ обязанностей чисто судебнаго порядка. Принимая же во вниманіе безгранично широкое понятіе антидисциплинарныхъ поступковъ и наличность возможности со стороны начальника округа совершенно иной оцѣнки правовой дѣятельности сторонъ и вообще лицъ, участвующихъ въ судебномъ производствѣ, нежели это принято въ доктринѣ уголовнаго процесса, слѣдуетъ признать, что ст. 178-я открываетъ широкое поле воздѣйствія административной военной власти на судъ. Это положеніе совершенно противно мысли Высочайше одобренныхъ основныхъ положеній, поставившихъ цѣлью «полное устраненіе судебной дѣятельности отъ власти военнаго начальства». Достаточно указать, что даже въ военное время, при совершенно исключительной обстановкѣ войсковой дѣятельности, коммисія по составленію дѣйствующаго устава пришла къ мысли, все возможное чтобы (и на войнѣ) устранить служебную зависимость членовъ суда отъ военно-административной власти [3])».

Кромѣ того, какъ было очень вѣрно замѣчено статсъ-секретаремъ Философовымъ, право надзора за судебной дѣятельностью со стороны начальниковъ округовъ можетъ внести отсутствіе однообразія въ судебную практику, во имя которой отчасти и былъ учрежденъ Главный военный судъ [4]). Но, что всего замѣчательнѣе, положенія ст. 178 идутъ совершенно въ разрѣзъ съ мнѣніемъ самого генералъ-лейтенанта Имеретинскаго, изложеннымъ имъ въ запискѣ № 13 [5]). Я полагаю, что положеніе ст. 178, на которое я указалъ ранѣе, какъ разъ и открываютъ широкую возможность вмѣшательству военнаго начальства, уже послѣ преданія суду, въ ходъ дѣла, и которое явно противорѣчитъ мыслямъ, изложеннымъ авторомъ ст. 178-й въ томъ же проектѣ. Что касается ст. ст. 188 и 189, то въ мотивахъ, сопровождавшихъ ихъ при внесеніи въ комитетъ генералъ-лейтенанта Гурко, генералъ-лейтенантъ Имеретинскій признавалъ ихъ положенія идущими совершенно въ разрѣзъ съ началами у. у. с. 1864 г. и воен. суд. уст. 1867 г., но объяснялъ это различіемъ существа судьи-офицера и судьи-гражданина. «Судья

---

[1]) Id., стр. 11 и 12.

[2]) Вошедшаго въ ст. 176—178 и 188—189.

[3]) Сборн. зак. раб., стр. 81.

[4]) Сборн. зак. раб., стр. 150—151.

[5]) «Такое сходство опредѣляется и тѣмъ воззрѣніемъ нашего законодательства, по которому, разъ состоялось преданіе суду, военное начальство въ интересахъ правосудія не можетъ и не должно принимать непосредственнаго участія въ дальнѣйшемъ ходѣ дѣла на судѣ и судъ долженъ пользоваться всею силою и полнотою власти, которая необходима для правильнаго и безпристрастнаго разрѣшенія дѣла».

офицеръ, не нарушая ничѣмъ обязанности ни судьи, ни гражданина, можетъ совершить рядъ проступковъ, существенно нарушающихъ обязанности офицера. Онъ можетъ совершить поступокъ настолько противный понятію чести и достоинства офицерскаго званія, что это потребуетъ удаленія его изъ среды, призванной судить и наказывать подобныя преступленія и проступки военнослужащихъ». Идя далѣе, г.-л. Имеретинскій охарактеризовалъ эти постановленія уже значительно шире, подведя подъ ихъ категорію и такія, «которыя несовмѣстимы съ порядкомъ службы». Отсюда главный военный прокуроръ выводилъ обязательность предоставленія такого права военному министру, которому подчинены военные судьи, какъ члены военно-судебнаго вѣдомства и какъ офицеры арміи. Затѣмъ г.-л. Имеретинскій указалъ, что члены военно-судебнаго вѣдомства не должны зависѣть въ этомъ отношеніи отъ Главнаго военнаго суда потому, что «не онъ ихъ опредѣлялъ и не онъ за нихъ отвѣчаетъ». Комитетъ принялъ эти доводы полностью, признавъ необходимость предоставленія власти изложенной въ ст. 189-й дѣйствующаго устава военному министру, «такъ какъ онъ является отвѣтчикомъ за безупречную нравственность ихъ (членовъ судебн. вѣд.) и поведеніе вполнѣ достойное званія офицера».

Съ этими доводами главнаго военнаго прокурора трудно согласиться. Не признать здѣсь весьма существенныхъ ограниченій началъ судейской независимости совершенно невозможно, ибо воздѣйствіемъ власти военнаго министра, какъ строевого начальника, удаляются отъ должности самыя важныя въ военно-судебной іерархіи лица. Цѣль настоящаго сочиненія была показать, что военный судъ есть судъ въ полномъ значеніи этого слова и постольку каждый членъ арміи долженъ передъ нимъ склониться, какъ передъ безстрастнымъ символомъ верховной власти страны. А если онъ судъ, то и члены его судьи, и должны нести въ своемъ сознаніи всю систему качествъ и весь порядокъ правъ, присущихъ судьѣ при отправленіи его власти. Главный военный судъ, составленный изъ наиболѣе опытныхъ въ судебномъ дѣлѣ лицъ, непосредственно, а не черезъ военнаго министра, избранныхъ Монархомъ, не можетъ быть постольку не компентентенъ и въ опредѣленіи противоправной дѣятельности судебныхъ членовъ и только ему и можетъ быть предоставлено право отстранять ихъ отъ должности въ дисциплинарномъ порядкѣ производства. Поэтому я высказываюсь за полное устраненіе изъ кодекса статей 188 и 189. Обращаясь къ разсмотрѣнію наиболѣе интересной въ отношеніи независимости суда статьи 159, приходится установить, что она далека отъ идеала независимаго судоустройства. Исходя изъ Высочайше одобренныхъ предположеній комиссіи по переустройству нашего военно-судебнаго законодательства, стремящейся «сколько возможно больше уподобить устройство судовъ военнаго вѣдомства съ гражданскими», слѣдуетъ заключить, что по важнѣйшимъ принципамъ правосудія въ военномъ кодексѣ не можетъ быть разнорѣчій. Между тѣмъ ничего подобнаго статьѣ 243 у. у. с. въ военно-судебномъ уставѣ нѣтъ и такимъ образомъ едва ли не самое важное начало судейской независимости оказывается обойденнымъ. Опасаться за цѣлость дисциплины въ войскахъ вслѣдствіе перехода къ порядку предусмотрѣнному 243 статьей не приходится, потому что составъ судей, назначаемыхъ непосредственно Монархомъ, несомнѣнно гарантируетъ должное обезпеченіе закона и законности въ этомъ примѣненіи ихъ къ войску. Лучшимъ доказательствомъ справедливости этихъ выводовъ служитъ существованіе §§ 80 и 81 германскаго в. с. у., совершенно сливающаго свои постановленія съ германскимъ учр. суд. устан. Между тѣмъ дисциплина и порядокъ, равно какъ и готовность къ войнѣ германскаго войска, стоятъ выше всякихъ подозрѣній. Въ виду этого я высказываюсь за сближеніе нашего военно-судебнаго устава съ положеніями ст. 243 у. у. с. Наконецъ, ст. 160 устанавливаетъ возможность перевода членовъ судебнаго вѣдомства изъ одного суда въ другой распоряженіемъ военнаго министра. Постановленія названной статьи несомнѣнно устраняютъ право судьи на пре-

быванiе въ избранномъ имъ мѣстѣ, а также являются отступленiемъ отъ начала несмѣняемости и не оправдываются требованiемъ военной службы. Опасенiя авторовъ устава 1867 года за то, что въ нѣкоторыя мѣстности не найдется желающихъ кандидатовъ, неосновательны уже потому, что фактически мѣста расположенiя у насъ окружныхъ судовъ находятся въ столь сравнительно благопрiятной обстановкѣ, что при наличности извѣстныхъ преимуществъ можно подыскать судебный составъ для замѣщенiя нужныхъ вакансiй. Что же касается до интересовъ военной службы и дисциплины, то въ этомъ отношенiи лучшiй отвѣтъ на опасенiе ихъ нарушенiй служитъ введенiе этихъ началъ въ германскомъ в. с. у. статьями 80, 81, 93, 94, 95 и 96. Это при наличности правъ герихтсхерра и изведенiи всей судебной власти изъ командного начала въ войскѣ. Нашему в. с. у. это должно быть свойственно еще больше. Беря свою силу отъ верховной власти, изъ источника общаго со всѣмъ уголовнымъ правомъ страны, неся въ себѣ полностью систему началъ судопроизводства, признанную и общей доктриной, онъ заслуживаетъ справедливаго преклоненiя передъ идейной силой мысли законодателя, съумѣвшаго раньше всѣхъ армiй Европы примѣнить принципы, къ которымъ онѣ медленно и частями шли въ теченiе второй половины 19-го вѣка. Но это же благородное новаторство обязываетъ сдѣлать конечные выводы и довести положенiя, признанныя уставомъ за основныя, до конца. Къ таковымъ будетъ относиться установленiе независимости суда въ порядкѣ, провозглашенномъ уже отчасти уставомъ 1867 г. Отсюда вытекаетъ необходимость устраненiя ст. 160, какъ несущей въ себѣ весьма существенныя ограниченiя несмѣняемости суда.

Я кончилъ свою работу. Недостатокъ времени помѣшалъ мнѣ затронуть нѣкоторые вопросы. Я не коснулся вопроса о преданiи суду и основанiя внутренняго убѣжденiя судей. Но первый не имѣетъ принципiальнаго значенiя, а второе—вытекаетъ съ такою очевидностью изъ установленныхъ выше основныхъ началъ, что дальнѣйшее его обоснованiе даетъ только болѣе совершенную въ деталяхъ обработку этому институту. Я не трогалъ ни кассацiоннаго, ни апелляцiоннаго порядковъ обжалованiя судебныхъ приговоровъ потому, что они не составляютъ тѣхъ существенныхъ признаковъ суда, которые одни обезпечиваютъ надлежащее осуществленiе суда. Основнымъ принципомъ суда по установившемуся въ судебной доктринѣ признанiю можетъ считаться лишь такой, безъ соблюденiя котораго не можетъ быть правильное отправленiе правосудiя и стало быть существо судебной дѣятельности. Легко видѣть, что идеальное правосудiе предполагаетъ именно отсутствiе апелляцiонной и кассацiонной инстанцiй, что подтверждается примѣромъ британской юстицiи. На 600 тысячъ судебныхъ приговоровъ полицейскихъ судовъ приносится не болѣе 200 апелляцiонныхъ жалобъ, именно потому, что британскiе суды отличаются почти идеально хорошимъ устройствомъ.

Что касается до устройства и функцiй полковыхъ судовъ, которые имѣютъ весьма значительную компетенцiю, то существованiе ихъ въ видѣ судовъ, а не дисциплинарныхъ комитетовъ при командирахъ частей войскъ, гдѣ они учреждены, я считаю законодательнымъ недоразумѣнiемъ. Прежде всего при самомъ возникновенiи этихъ учрежденiй коммисiя по составленiю проекта в. с. у. 1867 раздѣлилась по вопросу о существѣ власти, предоставленной полковымъ судамъ, и пришла къ сознанiю однородности ихъ съ судебными учрежденiями вообще далеко неединогласно. Въ виду большого значенiя, для подтвержденiя высказываемаго ниже мнѣнiя о совершенномъ упраздненiи полковыхъ судовъ, я приведу любопытную полемику, возникшую по этому вопросу при составленiи проекта.

При обсужденiи проекта въ соединенномъ присутствiи военнаго и морского аудиторiатовъ 17 членовъ полагали, что полковые суды не болѣе какъ совѣщательные при полковомъ командирѣ комитеты, подвѣдомственные ему относительно установленiя и окончательнаго произнесенiя приговоровъ». Будучи вполнѣ послѣдовательными, назван-

ные члены находили возможнымъ въ такомъ случаѣ предоставить командиру полка надзоръ за дѣйствіями полковаго суда. Напротивъ, 3 члена, исходя изъ положенія, что полковые суды—суды, опасались нарушить основныя начала процесса смѣшеніемъ власти административной и судебной, и полагали надзоръ командира полка за судопроизводствомъ устранить, оставивъ за нимъ лишь конфирмацію приговоровъ [1]). Эта знаменательная полемика перешла и въ комитетъ по разсмотрѣнію проекта. Два члена комитета—генералы Долгоруковъ 1-й и Гринвальдъ, опираясь на мнѣніе большинства присутствія соединенныхъ аудиторіатовъ, полагали устранить отъ полковыхъ судовъ функціи судебныхъ учрежденій и, ограничивъ ихъ компетенцію лишь усиленными дисциплинарными взысканіями, оставить ихъ въ качествѣ совѣщательныхъ комитетовъ при начальникахъ частей. Большинство членовъ комитета однако съ этимъ толкованіемъ не согласилось, приведя слѣдующія соображенія. «Все устройство полкового судебнаго разбирательства, говорили они, приспособлено къ тому, что дѣйствительнымъ орудіемъ власти является полковой командиръ. Такимъ образомъ, по духу сего учрежденія, нельзя смотрѣть на коммисію изъ 3 офицеровъ, какъ на самостоятельное судебное мѣсто, но она есть только одна изъ составныхъ частей полкового суда, образуемаго изъ двухъ элементовъ: 1) изъ заключенія коммисіи по предварительному разбору дѣла и 2) изъ мнѣнія полкового командира, окончательно утверждающаго сіе заключеніе [2]).

Между тѣмъ, разсужденія большинства комитета были далеки отъ истины и съ самаго начала сильно отступали отъ принятыхъ за основу принциповъ судебной реформы. При обсужденіи общихъ основаній грядущаго преобразованія члены Высочайше утвержденной коммисіи высказались по этому поводу весьма опредѣленно. «Правильное устройство судебныхъ мѣстъ такъ же необходимо, какъ и хорошее судопроизводство, ибо безъ судоустройства самыя совершенныя формы судопроизводства остались бы безъ всякаго исполненія» [3]). Исходя изъ этихъ основныхъ положеній, и было обращено коммисіей самое пристальное вниманіе на устройство судовъ низшей подсудности, какъ чрезвычайно важныхъ для общаго порядка правосудія въ странѣ. Разбирая съ этой стороны постановленія большинства комитета по составленію в. с. у. 1867 г., нельзя не прійти къ выводу о малой обоснованности его разсужденій. Въ нихъ мы видимъ полное смѣшеніе понятій существа судебной и административной дѣятельностей и отступленіе отъ коренныхъ началъ, послужившихъ исходнымъ пунктомъ всей реформы военнаго суда, «изъять судопроизводство отъ всякаго на него вліянія начальниковъ». Это смѣшеніе совершенно ясно сквозитъ изъ сопоставленія находящихся въ коллизіи между собой статей 362 и 364 проекта. Въ нихъ, съ одной стороны, признается автономность власти судебной за полковыми судами и въ то же время начальнику части предоставляется право не только неутвержденіемъ приговора лишать работу суда всякаго смысла, но еще и измѣнять налагаемыя имъ кары. Очевидно, что здѣсь представляется несовмѣстимая противоположность дѣятельностей и передъ этой альтернативой проектомъ выхода не дается. Съ другой стороны, погрѣшности мышленія 10 членовъ комитета особенно ясны изъ приведеннаго выше обоснованія ими своего взгляда. Комитетъ опасается судебной власти коммисіи изъ 3 офицеровъ, находя ихъ вѣроятно недостаточно авторитетными въ дѣлахъ вершенія правосудія, но тотъ же самый комитетъ ввѣряетъ судебную власть комиссіи изъ 4 членовъ въ военно-окружныхъ судахъ, признавая за ними тамъ нужныя свойства. Количественныя различія не даромъ стоятъ въ сильномъ подозрѣніи у Англіи, потому что проведеніе границы въ этихъ случаяхъ почти не возможно. Авторитетность судебныхъ мѣстъ, какъ извѣстно, зависитъ не отъ количества

---

[1]) Объ этомъ см. Сборникъ зак. раб., стр. 734.

[2]) Объ этомъ см. Сборн. зак. раб., стр. 767—769.

[3]) У. У. С., изданный госуд. канц., 1867, стр. VII, томъ III.

членовъ, а отъ положенія въ нихъ личности судей и существа формъ, гарантирующихъ личности гражданина отстаиваніе своихъ правъ. Это члены комитета какъ разъ изъ виду и упустили. Въ то же время, ставя въ господствующее положеніе начальника, отъ власти котораго именно и стремилась устранить судопроизводство въ войскахъ реформа, комитетъ становился въ неустранимое противорѣчіе съ самимъ собой.

Пожалуй, наиболѣе сильное доказательство за сохраненіе полковыхъ судовъ, въ томъ видѣ, какъ они сейчасъ существуютъ,—это признаніе за ними характера товарищескихъ судовъ съ сохраненіемъ функцій, присвоенныхъ присяжнымъ. Но для этой цѣли нужно было бы ввести въ составъ судей представителей отъ нижнихъ чиновъ, чего, какъ извѣстно, не случилось [1]). Съ другой стороны, мы знаемъ, какъ идея судовъ присяжныхъ вездѣ, гдѣ принятъ этотъ институтъ, соединяется съ принципомъ судебнаго анализа въ объемѣ назначаемаго наказанія присоединеніемъ къ нимъ судей спеціалистовъ. Тамъ, гдѣ этотъ институтъ разцвѣлъ особенно пышно, напримѣръ въ Англіи, какъ разъ участіе юридическаго элемента особенно авторитетно. Ничего подобнаго, конечно, не существуетъ въ нашихъ полковыхъ судахъ и сужденіе о формѣ и самомъ существованіи преступнаго дѣянія исходитъ отъ коллегіи лицъ, совершенно не освѣдомленныхъ съ судебнымъ дѣломъ. Здѣсь мы имѣемъ совершенное поглощеніе спеціальныхъ качествъ юриста строевымъ элементамъ военной жизни, причемъ вскрываются всѣ опасности, покоющіяся въ такой постановкѣ организаціи полковыхъ судовъ. Обращаясь къ содержанію огромнаго большинства тѣхъ преступныхъ дѣяній, которыя придется разбирать полковымъ судамъ, приходится констатировать страшныя трудности, связанныя съ ними. Дѣянія эти оказываются по преимуществу нарушеніями дисциплинарнаго характера, стоящими на самой межѣ дисциплинарныхъ и уголовныхъ правонарушеній. Въ отношеніи этихъ преступленій всегда умѣстно замѣтить, что здѣсь въ каждомъ фактѣ заключается и вопросъ права [2]), ибо въ дисциплинарныхъ нарушеніяхъ почти неуловимо тонкія черты отдѣляютъ по воинскому уставу особенности и самую сущность преступныхъ дѣяній. Достаточно сослаться въ этомъ отношеніи на знаменитыя 96—98 статьи XXII книги с. в. п. Тутъ нуженъ—тонкій умъ юриста, сложность аналитическаго мышленія, господство надъ фактами, холодность мышленія, какъ бы заказанный скептицизмъ. Ничего подобнаго, конечно, не представляетъ устройство полковыхъ судовъ, гдѣ личность военнослужащаго отдается въ полную волю его ближайшаго начальства. „Желая устроить судъ на прочныхъ основаніяхъ, необходимо тщательно избѣгать всего, что можетъ возбудить подозрѣніе или хотя бы сомнѣніе на счетъ безпристрастности судьи, дабы не подорвать вѣры къ суду и съ тѣмъ вмѣстѣ вѣру въ правосудіе“ [3]). Чтобы судъ могъ быть самостоятельнымъ, а судья независимымъ, необходимо поставить ихъ внѣ всякаго вліянія какой-либо личной подчиненности» [4]). Такъ писали создатели нашихъ судебныхъ уставовъ, обсуждая важнѣйшіе принципы нашего судопроизводства. Что же находимъ мы въ отвѣтъ на это въ положеніяхъ в. с. у., относящихся до полковыхъ судовъ? На вопросъ о независимости судей отвѣчаютъ ст. 8 и 14 в. с. у., предоставляющія ихъ назначеніе начальникамъ частей—лицамъ, отъ которыхъ они совершенно зависятъ въ своемъ служебномъ и общественномъ положеніи.

На вопросъ о постоянствѣ суда отвѣчаетъ та же 14 статья, совершенно мѣняющая составъ суда въ теченіе одного только года. На вопросъ о раздѣленіи функцій судебнаго и предварительнаго слѣдствія мы находимъ отвѣтъ въ ст. 313 того же устава, предоставляющей право предавать полковому суду даже безъ производства дознаній.

---

[1]) Объ этомъ Сборн. зак. раб., стр. 189.

[2]) Объ этомъ Михайловскій—Основн. принц. угол. суда, стр. 216—228.

[3]) Суд. уст. изд. госуд. канцел. т. III, стр. XXXIV.

[4]) «Удовлетворительное отправленіе правосудія зависитъ болѣе отъ достоинства судей, чѣмъ отъ совершенства законовъ».

Наконецъ вопросъ, за отрицательнымъ рѣшеніемъ котораго исчезаетъ возможность научно разбирать и самое существованіе суда—автономность судебныхъ приговоровъ, рѣшается совершенно опредѣленно ст. 679, 680, 696. На основаніи этихъ статей приговоры полковыхъ судовъ могутъ быть аннулируемы простымъ неутвержденіемъ ихъ начальникомъ части и, что еще опаснѣе, наказаніе подсудимому можетъ быть не только уменьшаемо, но и увеличиваемо со стороны командира полка.

Въ связи съ этимъ мы очевидно должны найти принесенными въ жертву начальнической власти всѣ принципіальныя положенія судебнаго процесса. Ни гласность, ни устность, ни непосредственность совершенно не гарантированы въ судебномъ процессѣ полкового суда и въ соотвѣтственныхъ постановленіяхъ статей в. с. у. мы не можемъ говорить объ уклоненіяхъ отъ принциповъ судопроизводства, ибо и самаго суда то, въ томъ смыслѣ, какъ это установлено мною выше, не существуетъ. Въ полковыхъ судахъ мы даже не видимъ сторонъ. Въ самомъ дѣлѣ, кто можетъ быть признанъ стороной въ современномъ процессѣ? Наука на это отвѣчаетъ—«всякій субъектъ процессуально-правовыхъ отношеній» [1]). Но развѣ въ полковомъ судѣ подсудимый—субъектъ процессуальныхъ отношеній? Достаточно указать, что для него закрыто даже право апелляціи на приговоры, чтобы убѣдиться въ обратномъ [2]). Если по отношенію къ общему процессу Гарро могъ говорить объ обвинителѣ, что «самый его характеръ служитъ къ нарушенію равенства между обвиненіемъ и защитой» [3]), то какъ можно очертить положеніе личности въ судѣ, гдѣ нѣтъ и сторонъ, совершенно, какъ это было въ средневѣковомъ процессѣ. Еще Леуе [4]) доказываетъ, что главнѣйшимъ порядкомъ слѣдственнаго суда являлось смѣшаніе функцій подготовителя матеріаловъ для познанія истины вмѣстѣ съ оцѣнкой таковыхъ, и какъ разъ въ полковомъ судѣ мы находимъ такое положеніе дѣла. При возможности по многимъ дѣламъ обходить даже назначеніе дознанія, да и при существованіи таковыхъ, при явной ихъ неудовлетворительности, разумѣется, судъ окажется въ положеніи слѣдователя, самого произносящаго сужденіе объ успѣшности своихъ дѣйствій. Какъ далеко такое положеніе дѣла отъ нормальной постановки—ясно само собою.

Все сказанное мною выше находитъ себѣ подтвержденіе въ любопытныхъ матеріалахъ по пересмотру военно-судебнаго устава, къ которымъ столько разъ приходилось обращаться. Что отступленіе отъ начала судоустройства, которое допущено было уставомъ 1867 года, не прошло даромъ, доказываетъ прежде всего оффиціальное признаніе полной непригодности полковыхъ судовъ для службы дѣлу правосудія въ арміи. «Пятнадцатилѣтній опытъ, читаемъ мы въ запискѣ главнаго военнаго прокурора, удостовѣрилъ необходимость принять болѣе раціональныя мѣры за правильнымъ отправленіемъ правосудія полковыми судами». Неудовлетворительность личнаго состава ведетъ «къ постановленію приговоровъ съ нарушеніемъ подсудности, правъ по службѣ и званія подсудимыхъ, примѣненію такихъ наказаній, которыя не относятся къ данному преступному дѣянію, а иногда и такихъ, которыя или совсѣмъ отмѣнены, или подверглись существеннымъ измѣненіямъ» [5]). Главный военный прокуроръ видѣлъ единственное спасеніе противъ такого порядка въ предоставленіи тому же начальнику требовать контроля прокуроромъ полкового судопроизводства, когда онъ это сочтетъ нужнымъ. Насколько мало надѣялся на такую поправку самъ главный военный прокуроръ, служитъ доказательствомъ слѣдующее мѣсто его записки № 10. «При соста-

---

[1]) См. объ этомъ цит. соч. Сюэсса, стр. 9—20.

[2]) Объ этомъ—Сборникъ зак. раб., стр. 150—151.

[3]) Объ этомъ—Garraud, p. 431.

[4]) См. объ этомъ его соч. Die Mündlichkeit u. s. w. S. 82 и слѣд.

[5]) Объ этомъ записка № 8.

вленіи проекта вообще было обращено особое вниманіе», что обремененіе полкового судопроизводства установленными, **хотя бы и въ виду правильнаго рѣшенія дѣлъ, формальностями**, при отсутствіи компетентныхъ судей, контролирующихъ ихъ исполненіе, не достигаетъ цѣли. Поэтому руководящимъ началомъ было сохраненіе въ полковомъ судопроизводствѣ лишь необходимыхъ обрядностей, отсутствіе которыхъ обратило бы судъ въ безправную расправу надъ подсудимымъ [1]). Въ этой цитатѣ то, что признается въ началѣ, опровергается въ концѣ, ибо нужно или признавать всѣ «формальности, установленныя въ виду правильнаго рѣшенія дѣлъ», или примириться, что съ ихъ отсутствіемъ судопроизводство проиграетъ не только въ формѣ, но и въ самомъ принципѣ. Насколько справедливы указанныя соображенія, можно видѣть изъ слѣдующаго программнаго пункта реформъ, намѣчаемаго въ этой же запискѣ № 10.

Въ немъ главный военный прокуроръ указывалъ, что задачей организаціи процесса въ полковыхъ судахъ является строгое отличеніе ихъ подсудности, состава лицъ, имъ подвѣдомственныхъ, и значенія ихъ для войска отъ организаціи судовъ военно-окружныхъ. Въ виду этого утверждала записка: „не представляется никакой возможности къ возстановленію въ этомъ судѣ началъ судебной защиты, равноправности сторонъ и права судебнаго обжалованія, **хотя бы въ интересахъ правосудія это и было бы весьма желательно**“! Въ перечисленныхъ началахъ, подвергнутыхъ уничтоженію, мы находимъ именно тѣ основные принципы судопроизводства, необходимости существованія которыхъ посвящена доказательная часть этой работы, да и самъ главный военный прокуроръ признавалъ ихъ таковыми. По коренному вопросу, затронутому главнымъ военнымъ прокуроромъ, высказались какъ военно-окружные суды, такъ и строевое начальство, и можно сказать, что, судя по сдѣланнымъ замѣчаніямъ, записка никого не удовлетворила. Въ замѣчаніяхъ на записку № 10 прокурорскій надзоръ Московскаго в. окр. суда указывалъ на печальное положеніе, въ которомъ находятся у насъ полковые суды. По словамъ прокурора, за 15-лѣтній промежутокъ они не только не пріобрѣли авторитета среди войскъ, но даже утратили всякое къ себѣ довѣріе. Изъ дальнѣйшаго разсмотрѣнія отзыва видно, что названный прокурорскій надзоръ находилъ полковой судъ возможнымъ лишь въ качествѣ домашняго дисциплинарнаго суда, каковой характеръ онъ носилъ, по его мнѣнію, въ уставѣ 1867 года. Совершенно такіе же отзывы были со стороны прокурора Казанскаго в. о. суда и командующаго войсками Казанскаго в. округа. Видный представитель строевого начальства генералъ-лейтенантъ Духонинъ, останавливаясь на положеніи личности подсудимаго въ полковомъ судѣ, совершенно не удовлетворялся ею и находилъ, что подсудимый тамъ совершенно беззащитенъ и лишенъ всякихъ гарантій [2]). Но и среди сторонниковъ расширенія компетенціи полковыхъ судовъ положенія записки не находили одобренія. Прежде всего у всѣхъ безъ исключенія лицъ, отозвавшихся о проектѣ, видно глубокое и нескрываемое недовѣріе къ полковому судопроизводству. Въ отношеніи ст. 15 проекта, требующей мотивировки судами своихъ приговоровъ, отзывы были единодушны. Командиръ Гвардейскаго Гренадерскаго полка, командиръ 3-го корпуса, предсѣдатель Казанскаго в. окр. суда единодушно опасались за правильное отправленіе судами ихъ обязанностей и за судьбу правосудія въ ихъ рукахъ [3]). Въ то же время и желающіе усиленія вліянія полковыхъ командировъ на судоотправленіе состоящихъ при ввѣренныхъ имъ частяхъ судовъ находили положенія проекта неудовлетворительными. Статья 17 проекта, какъ извѣстно, предоставляла право подсудимому обжалованія рѣшеній суда во всемъ ихъ объемѣ и она то встрѣтила противодѣйствіе у видныхъ представителей команд-

---

[1]) Об. зап. № 10.

[2]) Объ этомъ замѣч. къ зап. № 10.

[3]) Объ этомъ замѣчанія къ запискѣ № 10, стр. 32—34.

наго элемента. Командиръ 4-го корпуса, начальникъ 12 пѣхотной дивизіи, командиръ гв. Гренадерскаго полка высказались, что это право „не вяжется съ требованіями дисциплины, положенными въ основу полкового судопроизводства". Командиръ гв. гренадерскаго полка указывалъ на двойственность и колебанія проекта, желавшаго и сохранить за полковыми судами значеніе судебныхъ органовъ, придавъ имъ нѣкоторую самостоятельность, и утвердить надъ ними вліяніе начальниковъ частей, что несовмѣстимо. Аналогично высказывается и начальникъ 13 пѣх. дивизіи, полагавшій, что слѣдуетъ довести дѣло до конца, обративъ полковые суды въ дисциплинарные комитеты при начальникахъ частей. „Желательна откровенная постановка вопроса, а записка его замаскировываетъ", говорилъ онъ[1]). Впрочемъ, едва ли не опредѣленнѣе всего сказалось отсутствіе послѣдовательности проекта 1882 г. въ засѣданіи комитета генерала-лейтенанта Гурко 21 января 1884 года. Когда тайный совѣтникъ Проворовъ и профессоръ Неклюдовъ, ссылаясь на практику иностранцевъ и научныя требованія, указывали на необходимость сокращенія компетенціи полковыхъ судовъ, ни генералъ-лейтенантъ Гурко, ни, что всего важнѣе, самъ авторъ проекта генералъ Имеретинскій не отстаивали своей точки зрѣнія принципіально. И тотъ и другой, напротивъ, соглашались съ мыслями оппонентовъ, но находили, что такое рѣшеніе вопроса подсказано экономическими соображеніями. Въ видѣ экономическихъ соображеній такимъ образомъ здѣсь появляется новый факторъ, съ которымъ первоначальныя заявленія проекта ничего общаго не имѣли. Ясно, что отстаивать экономическими доводами реформу и организацію такихъ учрежденій, какъ судебныя въ арміи, гдѣ ихъ нормальная структура играетъ огромное значеніе для поддержанія въ ней боевой годности, невозможно. Вѣдь нельзя же, ссылаясь на экономичность, предложить арміи вооружиться гладкоствольными пушками или ввести кремневое ружье. Но, конечно, созданіе моральныхъ принциповъ солидарности и общей связи войска, могущественное участіе въ которомъ принадлежитъ военному суду, заслуживаетъ не меньшаго вниманія.

Впрочемъ, результаты принятой системы устраненія изъ процесса полковыхъ судовъ основныхъ началъ обвинительнаго суда не замедлили быстро сказаться. Уже циркуляромъ военнаго министра отъ 19 ноября 1884 № 6825 предписывалось, въ виду неудовлетворительнаго исполненія полковыми судами своихъ обязанностей, чинамъ военно-судебнаго вѣдомства производить провѣрку правильности производства дѣлъ въ полковыхъ судахъ съ момента возникновенія уголовнаго преслѣдованія до приведенія приговора въ исполненіе; немного спустя послѣдовалъ новый циркуляръ по военно-судной части 1887 г. № 326, установившій, что дѣло не подвинулось къ совершенству ни на шагъ.

Тутъ значилось и неисполненіе предсѣдателями полковыхъ судовъ требованій, возложенныхъ на нихъ закономъ, и неисполненіе тѣми же лицами существенныхъ требованій закона при разбирательствѣ дѣлъ, и существенныя нарушенія по опредѣленію характера преступленій, и утвержденія военными начальниками неправильныхъ приговоровъ, и т. д., и т. д. Статистика удовлетворительно рѣшенныхъ дѣлъ была ужасна. Изъ 2 тысячъ дѣлъ полковыхъ судовъ, бывшихъ на ревизіи прокурорскаго надзора, лишь 111 дѣлъ были правильно ведены. Въ отношеніи же 110 дѣлъ понадобилась даже отмѣна приговоровъ [2]).

Таковы фактическіе результаты непослѣдовательности и отрицанія основныхъ принциповъ судоустройства въ процессѣ полковыхъ судовъ. Я полагаю, приведеннаго довольно, чтобы необходимость коренной реформы вытекала сама собою. Всякое учре-

---

[1]) Дальше всѣхъ шелъ ком. 10 корп., который требовалъ принять въ основаніе, что при разсмотрѣніи дѣла «правосудіе отправляется военнымъ начальствомъ». Объ этомъ замѣч. на проектъ къ запискѣ № 10, стр. 47—48.

[2]) Объ этомъ см. Хитрово—«Русскій военно-уг. проц., его возм. реорганизація». 1901 г.

жденіе, существующее въ государствѣ, основывается на какой нибудь идеѣ. Эта идея проникаетъ собою систему его органовъ, порядокъ его связокъ, характеръ дѣятельности, сущность его работы. Въ организаціи суда въ арміи намъ принадлежала завидная честь быть послѣ Франціи счастливыми піонерами проникновенія принципами общегосударственнаго характера нашихъ военно-судебныхъ учрежденій. Въ организаціи нашихъ в. окр. судовъ есть, конечно, погрѣшности, процессъ ихъ не чуждъ упрековъ и на это я указалъ. Но принципы обвинительнаго процесса, несмотря ни на что, существуютъ и своимъ творческимъ духомъ дѣлаютъ машину судопроизводства годной и сильной вотъ уже 40 лѣтъ. Примѣръ же запада и всей исторіи человѣчества порукой намъ въ томъ, что она будетъ годна и еще сотни лѣтъ, лишь бы принципы судебной дѣятельности существовали. Въ отношеніи полковыхъ судовъ этого сдѣлано не было и потому они на нашихъ глазахъ отказываются плодотворно работать. Единственнымъ послѣдовательнымъ шагомъ въ этомъ направленіи было бы передать всѣ преступленія военно-служащихъ вѣдѣнію судовъ военно-окружныхъ, соотвѣтственно расширивъ эти послѣдніе.

Но зато я старался обратить вниманіе на самую сущность судебной дѣятельности, я хотѣлъ объяснить теоретически тѣ проведенныя на практикѣ въ жизнь арміи начала, при которыхъ однѣхъ, по мѣткому изреченію Тронше, «юстиція будетъ силой, а послѣдняя—справедливостью». Я, надѣюсь, показалъ, какую роль играетъ правильно организованный судъ для поддержанія дисциплины въ войскѣ. Эта сила, одна поддерживающая готовность арміи къ войнѣ, прежде всего укрѣпляется чувствомъ солидарности, а послѣднюю объемлетъ справедливость. Чувства справедливости находятъ свое выраженіе въ судѣ, ея органѣ и проводникѣ, глашатаѣ и защитникѣ, провозгласителѣ и ратоборцѣ. Проводя въ армію идею сплоченной зависимости всѣхъ отъ чувства законности,—судъ составляетъ могучій рычагъ современныхъ армій, самодѣятельнаго подчиненія идеѣ долга и воинскаго самоотреченія. Эту роль суда давно уже оцѣнилъ знаменитый Серванъ, говоря: «деспотъ можетъ подчинить рабовъ желѣзными оковами, но истинная государственная связь знаетъ гораздо болѣе крѣпкія цѣпи,—это идеи, связывающія гражданъ». Что же болѣе опасно для организаціи этихъ узъ общественности, необходимыхъ еще болѣе для войска, нежели для мирныхъ гражданъ, чѣмъ сознаніе неправосуднаго томленія несчастнаго, которое вызываетъ въ сердцѣ товарищей горечь и протестъ. Но зато, если судъ справедливъ и милостивъ, если идея воинской связи и начало солидарности находятъ себѣ защитника и покровителя въ судьбѣ, если солдатъ вѣритъ въ правосудіе и обращается къ нему, армія непобѣдима. Человѣку свойственна эта потребность созданія себѣ символа безгрѣшной справедливости, идеальной добродѣтели, верховной неошибающейся силы. Въ неменьшей мѣрѣ свойственна эта способность и воину. Въ теченіе вѣковъ онъ несъ въ своемъ сердцѣ и умѣ идею опредѣленнаго безгрѣшнаго принципа, который въ своемъ безпредѣльномъ величіи заставлялъ смиряться всякое зло въ своемъ присутствіи. Древній римлянинъ спасался подъ сѣнь своего знамени, старый славянинъ—подъ складки своего стяга, пушкарь новой эпохи бросался подъ защиту пушки, солдатъ нашего времени долженъ обращаться къ безстрастному величію суда. И для того, чтобы вѣра въ идеальное начало въ войскѣ не заглохла, нужно, чтобы солдатъ вѣчно помнилъ, что есть въ мірѣ прибѣжище, гдѣ одна истина—верховный властелинъ, а служеніе ей—послѣдняя добродѣтель. Этимъ прибѣжищемъ долженъ быть судъ, стражъ справедливости, проводникъ гуманности, вѣрный рыцарь истины, безсмѣнно стоящій у входа въ ея жилище.

Основные выводы.

На основаніи изложеннаго я прихожу къ слѣдующимъ выводамъ:

1) Надъ міромъ человѣческихъ отношеній господствуютъ тѣ же факторы закономѣрной причинности, какъ и надъ всѣми остальными процессами природныхъ явленій.

2) Поэтому и порядокъ суда долженъ охватываться извѣстной группой соціальныхъ законовъ, господствующихъ въ жизни человѣчества.

3) Армія является однимъ изъ членовъ общественнаго организма, черезъ посредство коего онъ выполняетъ функцію борьбы съ подобными себѣ образованіями.

4) Армія въ своемъ развитіи управляется наличностью тѣхъ же идей, которыя поддерживаютъ всякій общественный организмъ, но только съ развитіемъ особенной полноты извѣстной системы моральныхъ воздѣйствій на волю человѣка.

5) Эта система, сводящаяся къ порядку возможно болѣе совершенной организаціи въ отношеніяхъ членовъ арміи между собой, въ цѣляхъ приспособленія ихъ къ побѣдѣ въ вооруженной борьбѣ,—есть дисциплина.

6) Являясь понятіемъ, чрезвычайно широко охватывающимъ всю наличность идей моральнаго и правового порядка, которые движутъ человѣчествомъ, понятіе дисциплины включаетъ въ свой составъ поддержаніе и развитіе справедливости.

7) Судъ есть органъ справедливости и постольку существованіе его оказывается неизбѣжнымъ, при наличности желанія поддерживать дисциплину въ войскѣ.

8) Поскольку судъ есть органъ поддержанія справедливости, въ ея примѣненіи къ особому порядку военныхъ отношеній, онъ долженъ обладать средствами искать и опредѣлять величину нарушенія должнаго и справедливаго, какъ основы своего существованія въ войскѣ.

9) Такимъ средствомъ являются выработанныя долгой эволюціей судебной жизни человѣчества—публичность, непосредственность и ея подчиненное понятіе—устность, отдѣленіе власти судебной отъ административной, равенство сторонъ и независимость суда.

10) Не отказываясь отъ возможности искать и добывать истину, судъ войска не можетъ не принять за содержаніе своей дѣятельности тѣхъ же положеній.

11) Принципіальное содержаніе исторической дѣятельности человѣческихъ обществъ заключается въ проникновеніи ихъ идеалами личности и послѣдней—общественными.

12) Положеніемъ индивида въ государствѣ и обществѣ опредѣляется его же положеніе въ судѣ, какъ чисто общественномъ институтѣ.

13) Борьба за право индивидуальное, наполняющая всю исторію человѣчества, отразилась на роли личности въ судѣ.

14) Эти же условія поставили центральнымъ пунктомъ дѣятельности дисциплинарнаго порядка—выдвиганіе принципа самодѣятельности и осуществленіе и развитіе его солдатомъ.

15) Отсюда необходимость, во имя поддержанія самодѣятельной дисциплины въ арміи, отведеніе личности военнослужащаго не меньшей роли въ судѣ, чѣмъ это имѣется въ обществѣ гражданскаго типа.

16) Чувство солидарной связанности людей между собою вызываетъ соотвѣтственную организацію судебныхъ институтовъ въ обществѣ, постоянно вліяя на ихъ устройство и развитіе.

17) Идея солидарности, присущая болѣе всего организму войска, способствуя укрѣпленію въ немъ началъ правильнаго отправленія суда и устройству его, обезпечиваетъ уваженіе къ личности воина.

Цѣна 3 рубля.